



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

40

DOCTRINA

A) PARTE GENERAL

- 01/ La Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda: una cuestión de competencias. Carmen Mingorance Gosálvez (España). 14

B) DERECHO DE FAMILIA

- 02/ La práctica habitual -¿y razonable?- del cobro de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad por su progenitor custodio. El necesario "aggiornamento" del art. 93.II del Código civil español. Ángel Acedo Penco (España). 42
- 03/ La comunidad china y el vínculo matrimonial. Lucia di Costanzo (Italia). 90
- 04/ La familia y el régimen de propiedad en China. Elena Napolitano (Italia). 108

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 05/ La información precontractual en los contratos de distribución. Javier Badenas Boldó (España). 130
- 06/ La venta de créditos en situación de incumplimiento: aspectos procesales. Rebeca Castrillo Santamaría (España). 154
- 07/ El poder voluntario: problemas prácticos que plantea su extinción y propuestas de reforma. María Dolores Moreno Marín (España). 180
- 08/ La recepción del DCFR. Luis Alberto Godoy Domínguez (España). 218
- 09/ El alquiler turístico en las comunidades de vecinos. Alejandro Platero Alcón (España). 246
- 10/ Verso un diritto privato sostenibile. Il contratto tra funzione economica e responsabilità ambientale. Giuseppe Trapanese (Italia). 280
- 11/ La prestación de servicios mediante el auxilio de drones. Juan Carlos Velasco Perdígones (España). 308

D) DERECHO FINANCIERO

- 12/ Impuesto español sobre envases de plástico no reutilizables. Enrique de Miguel Canuto (España). 346

E) DERECHO DE CONSUMO

- 13/ Crédito revolvente: nuevos avances en la protección del consumidor. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España).....376
- 14/ El consumidor vulnerable y sus sistemas de apoyo en la contratación. Jon Atxutegi Gutiérrez (España)..... 404

F) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 15/ ¿Qué ocurre con la vida digital a la muerte? Ana Arroyo Moreno (España). 438
- 16/ Ciudades inteligentes. Karla Cantoral Domínguez (México).....478

G) DERECHO PROCESAL

- 17/ La videoconferencia en los procesos civiles. Diana Marcos Francisco (España). 502

H) DERECHO INTERNACIONAL

- 18/ Contratación transfronteriza: tendencias en su regulación jurídica. Emmanuel Guillermo Carreño Bernal (Colombia). 532

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 19/ Protección de las personas con discapacidad. Gisela M. Pérez Fuentes (México) y Cristina de Amunátegui Rodríguez (España).....568
- 20/ Perspectiva crítica de la Ley Orgánica 5/2024. Brian Buchhalter Montero y Alejandro de Rosa Cañete (España).....594
- 21/ Gestación subrogada en España (Comentario a la Instrucción de la DGSJFP de 28/04/2025 y STS 04/12/2024 y 25/03/2025). Vicent Josep Sorrentí Costa (España). 616
- 22/ Los tipos de referencia en la política monetaria. Esperanza Pendón Pérez (España). 636
- 23/ Los estereotipos de género en los procesos penales por violencia sobre la mujer. Victoria Claudia Dzura Filipczuk (España). 664
- 24/ El contrato de reproducción asistida en España: naturaleza y usuarias con discapacidad. Francisco Javier Requerey Baca (España).696

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 25/ Validez y eficacia del poder preventivo no inscrito. Comentario a la STS núm. 1449/2024). Javier Martínez Calvo (España). 722

B) DERECHO DE FAMILIA

- 26/ El derecho a la determinación de la filiación materna de la gestante. Comentario a la STS núm. 496/2025). Pilar María Estellés Peralta (España). 742

RECENSIONES

- 27/ Marcos Francisco, D.: El arbitraje de consumo en el nuevo Reglamento: ¿adecuación y eficiencia?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Por M.^a Victoria Sánchez.....770
- 28/ Ortega Giménez, A.: Litigios sobre bienes culturales en clave de Derecho internacional privado (De la dama de oro al Caso Cassirer), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Por M.^a P. Calderón Cuadrado.....776
- 29/ Ortega Giménez, A. (dir.) y Heredia Sánchez, L. S. (coord.): Nuevos problemas y nuevas soluciones en el teletrabajo transfronterizo, Aranzadi, 2024. Por Lucía I. Serrano Sánchez.....780
- 30/ Serrano Sánchez, L. I. (dir.): Litigios familiares y patrimoniales transfronterizos de españoles residentes en Iberoamérica e iberoamericanos residentes en España, Aranzadi, 2025. Por L. S. Heredia Sánchez.....785

SECCIÓN ESPECIAL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SOSTENIBILIDAD

Presentación. Carlos Esplugues Mota.

- 31/ La interacción entre el ODS 5, Meta 5.3 y el Derecho internacional privado español en materia de matrimonio. Una propuesta de lege ferenda. Lucía I. Serrano-Sánchez (España).....794
- 32/ La aplicación del foro en materia extracontractual en el ámbito medioambiental y la posible creación de un foro de necesidad en el ámbito de la Unión Europea. Josep Gunnar Horrach Armo (España). 820
- 33/ La sostenibilidad de las plataformas en línea de la Unión Europea, ¿mito o realidad? Silvana Canales Gutiérrez (España).....852
- 34/ Las cláusulas medioambientales en los tratados bilaterales de inversión y su preocupación para el arbitraje de inversiones ¿cumpliendo la meta de los ODS 2030? Irene Merino Calle (España). 874
- 35/ Derecho aplicable y principio de integración sistémica en el arbitraje. Diego Agulló Agulló (España) 902
- 36/ Los litigios civiles transnacionales europeos: trascendiendo la diligencia debida empresarial. María Chiara Marullo (España).....926
- 37/ La irresistible y pendiente interpretación jurisprudencial de un Derecho internacional privado europeo en el marco de los derechos fundamentales. Lucas Andrés Pérez Martín.....956

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 FIORE
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 Murcia, 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
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, 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 LEY 12/2023, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA: UNA
CUESTIÓN DE COMPETENCIAS

*THE LAW 12/2023, FOR THE RIGHT TO HOUSING: A
QUESTION OF COMPETENCES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 14-41

Carmen
MINGORANCE
GOSÁLVEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: Tras la aprobación de la Ley 12/2023 se han interpuestos varios recursos de inconstitucionalidad. Estos recursos plantean que la cláusula de supletoriedad contemplada en el art. 149.3 de la Constitución no es una cláusula universal atributiva de competencias en favor del Estado, que operaría en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas, ni siquiera es una cláusula particular en los casos de competencias compartidas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la inexistencia de extralimitación de competencias del Estado al dictar la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda. Esencialmente argumenta que, a pesar de tratarse de que la vivienda, el urbanismo y ordenación del territorio competencias exclusivas de las CC.AA., al haber sido asumidas así en sus respectivos Estatutos de Autonomía, ha de admitirse que el Estado puede intervenir en estas materias al albur de títulos competenciales transversales, pues la materia vivienda, como la concerniente al urbanismo y a la ordenación del territorio, tienen una serie de implicaciones en esferas diversas en las que aquellos pueden tener su razón de ser y adquirir así virtualidad y que son los previstos en el art. 149.1.1ª y 149.1.13ª; a ellos debe añadirse el correspondiente a la materia legislación civil del art. 149.1.8ª.

PALABRAS CLAVE: Vivienda; competencias; Constitución española; cláusula de supletoriedad.

ABSTRACT: After the approval of Law 12/2023, several appeals of unconstitutionality have been filed. These appeals argue that the supplementary clause contemplated in Article 149.3 of the Constitution is not a universal clause conferring powers in favor of the State, which would operate within the scope of the exclusive powers of the Autonomous Communities, nor is it even a particular clause in cases of shared powers. However, the Constitutional Court has ruled in favor of the non-existence of an excess of competences of the State in the enactment of Law 12/2023, for the right to housing. Essentially, it argues that, despite the fact that housing, urban planning and land use planning are exclusive competences of the Autonomous Communities, having been assumed in their respective Statutes of Autonomy, it must be admitted that the State can intervene in these matters at the whim of transversal competences, since housing, like urban and regional planning, have a series of implications in various spheres in which they can have their *raison d'être* and thus acquire virtuality and which are those provided for in articles 149.1.1ª and 149.1.13ª; to these should be added that corresponding to the matter of civil legislation in article 149.1.8ª.

KEY WORDS: Housing; competences; Spanish Constitution; supplementary clause.

SUMARIO.- I. LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.- II. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.- 1. Distribución competencial constitucional.- 2. Distribución competencial constitucional en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio.- 3. Postura del Tribunal Constitucional en las Sentencias 79/24 y 26/25.- III. ANÁLISIS DE FONDO. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- 1. Artículos declarados inconstitucionales.- A) *Artículos referidos a la vivienda protegida (arts. 16.1, 16.2 y DT Primera).*- B) *Artículo referido a la colaboración de los grandes tenedores (art. 19.3.2°).*- C) *Preceptos relativos a parques públicos de vivienda (arts. 27.1 y 27.3).*- D) *Modificación de diversos artículos de la LEC (DF Quinta).*- 2. Artículos objeto de recurso, declarados constitucionales.- IV. CONCLUSIONES.

I. LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.

El día 24 de mayo de 2023 el Congreso de los Diputados aprobó la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda¹. En el primer párrafo de su Exposición de Motivos dice:

“La Constitución española (CE) reconoce, en su artículo 47, el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada e impone seguidamente a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el referido derecho. Todo ello como proyección de su artículo 9.2, lo que explica su ubicación sistemática en el capítulo III del título I de la norma fundamental, referido a los principios rectores de la política social y económica”. Es decir, el objetivo de la Ley pretende ser el desarrollo de un derecho reconocido en la Constitución Española².

El CIS del mes de abril de 2025 vuelve a poner de manifiesto que la vivienda sigue siendo la principal preocupación para los españoles, muy por delante de

1 Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, BOE núm. 124, de 25/05/2023.

2 Según su art. 1 esta Ley tiene por objeto regular, “en el ámbito de competencias del Estado, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma en condiciones asequibles, atendiendo al cumplimiento de lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España y respetando en todo caso las competencias de las comunidades autónomas y, específicamente, las que tienen atribuidas en materia de vivienda” (apartado 1). Asimismo, y para “asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda”, regula “el contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan” (apartado 2). Finalmente, proclama el artículo 1 como objeto de la ley, “reforzar la protección del acceso a información completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda” (apartado 3).

temas tan importantes como la crisis económica o el paro³. Por lo tanto, no es de extrañar que esta Ley no haya pasado desapercibida y se haya colocado rápidamente en el centro del foco político, mediático y judicial. La aprobación de esta Ley por el Estado central provocó ciertas dudas de constitucionalidad, tanto por motivos competenciales como materiales.

Efectivamente, son varias las CC.AA. que desde el primer momento anunciaron la interposición de recursos de inconstitucionalidad sobre la misma⁴, en concreto: la Comunidad Autónoma de Andalucía, Baleares, Madrid, País Vasco, Cataluña y Galicia⁵. Del mismo modo, también presentaron recurso más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular en Congreso de los Diputados⁶, y más de 50 diputados del Parlamento de Cataluña⁷.

Como consecuencia de estos recursos, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en este momento, en dos ocasiones sobre la constitucionalidad de la Ley. La primera de ellas, en la STC 79/24, de 21 de mayo, para atender los requerimientos de la Junta de Andalucía; la segunda, en la STC 26/25, de 29 de

3 Centro de Investigaciones Sociológicas, Estudio nº 3505. Barómetro de abril 2025. ¿Cuál es, a su juicio, el principal problema que existe actualmente en España? Respuesta: la vivienda 13,8%.

4 El art. 162.1 de la Constitución española establece: “Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”. De este modo, habilita para la interposición del recurso a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el art. 32.2 de la LOTC refiere tal legitimación al ejercicio del recurso contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado “que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”. Es expresión que podría ser entendida en el sentido de que los Consejos de Gobierno autonómicos únicamente están facultados para interponer el recurso de inconstitucionalidad cuando la Ley, o el acto o disposición con fuerza de ley de que se trate, viole o menoscabe competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en virtud de sus Estatutos, y únicamente al objeto de reivindicar la competencia que, presuntamente, haya sido desconocida por el Estado. Sin embargo, tal interpretación implicaría una restricción injustificada de la legitimación reconocida genéricamente en el art. 162.1.a) de la Constitución, por lo que no puede ser admitida.

Como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 247/2007, de 12 diciembre (FJ 2), citando la doctrina sentada en la STC 48/2003, de 12 de marzo, la progresiva flexibilización del criterio inicialmente sostenido por el Tribunal Constitucional al interpretar el art. 32.2 de la LOTC, llega hasta el extremo de que actualmente los condicionamientos materiales a la legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar leyes del Estado constituyen una verdadera excepción. A este respecto, la STC 48/2003 (FJ 1), remitiéndose a la STC 199/1987, de 16 de diciembre (FJ 1), deja claro que “la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico y, en este sentido, (...) se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente”.

5 Recurso de inconstitucionalidad nº 5491/2023, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Recurso de inconstitucionalidad nº 5516/2023, promovido por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears. Admitido a trámite por providencia de 26 de septiembre de 2023. Recurso de inconstitucionalidad nº 5518/2023, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid. Admitido a trámite por providencia de 26 de septiembre de 2023. Recurso de inconstitucionalidad nº 1301/2024, promovido por el Consejo de Gobierno Vasco. Admitido a trámite por providencia de 12 de marzo de 2024. Recurso de inconstitucionalidad nº 1278/2024, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Admitido a trámite por providencia de 9 de abril de 2024. Recurso de inconstitucionalidad nº 1306/2024, promovido por la Xunta de Galicia. Admitido a trámite por providencia de 9 de abril de 2024.

6 Recurso de inconstitucionalidad nº 5514/2023, promovido por ciento setenta y tres diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados.

7 Recurso de inconstitucionalidad nº 5580/2023, promovido por el Parlamento de Cataluña. Admitido a trámite por providencia de 26 de septiembre de 2023.

enero, ante el recurso promovido por diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados⁸.

A lo largo de este trabajo vamos a tratar de exponer cuáles han sido los principales motivos alegados en los distintos recursos y cuál la respuesta a cada uno de ellos. En todos los recursos se plantea la inconstitucionalidad por dos motivos fundamentales, de un lado, la falta de competencia del Estado para legislar sobre materia de vivienda y, de otro, diversas cuestiones de fondo. Por ello, la estructura va a seguir este mismo orden, analizando en primer lugar la posible vulneración de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; para continuar haciendo una revisión de los distintos artículos objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

II. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Para analizar el problema de la distribución constitucional de competencias tenemos que partir, aunque resulte obvio, del reparto establecido en los arts. 148 y 149 del texto constitucional: el primero enumera las competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus respectivos Estatutos de Autonomía, mientras que el segundo define las competencias exclusivas del Estado⁹. El art. 149 determina las competencias exclusivas del Estado que, en principio no podrán pertenecer a las CCAA, a menos que se utilice la técnica de las Leyes Orgánicas de transferencia y delegación previstas en el art. 150.2 CE¹⁰.

I. Distribución competencial constitucional.

El sistema competencial articulado por la CE se encuadra dentro del llamado sistema de doble lista, o sistema germánico, en el que la norma constitucional detalla en dos listas, por un lado, las competencias exclusivas del Estado y, por otro, aquellas que podrán corresponder a los entes descentralizados¹¹. Ahora bien, una lectura atenta de ambos preceptos nos permite observar en realidad un sistema de triple lista con rasgos peculiares¹², a saber, en primer lugar, competencias exclusivas del Estado (**ex** art. 149 CE), competencias que pueden ser asumidas

8 BOE núm. 152, de 24 de junio de 2024 y BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2025, respectivamente.

9 Art. 148.I CE: "Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...)". Art.149.I CE: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)".

10 Art. 150.2 CE: "El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado".

11 A diferencia de aquellos que enumeran las competencias exclusivas del Estado, correspondiendo las demás a los entes, EE. UU., o enumera las competencias de los entes, atribuyendo las restantes al estado, Canadá

12 GARRIDO MAYOL, V.: "Sinopsis artículo 149", Portal de la Constitución, agosto 2006.

por CC.AA. **ex** art. 148, en segundo lugar y, por último, como tercera lista, las demás competencias en cuanto a materias no mencionadas expresamente como exclusivas del Estado o que puedan ser asumida por las CC.AA.

Establece el párrafo tercero del art. 149 CE: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. Podemos decir que los Estatutos son las normas llamadas para fijar las competencias de las distintas CC.AA.¹³.

Como puede observarse, son varias las técnicas e instrumentos que la norma arbitra para salvar hipotéticos conflictos competenciales y de ordenación entre el Estado y las Comunidades, cláusula residual¹⁴, cláusula de prevalencia¹⁵ y cláusula de supletoriedad. Centrándonos en esta última, la cláusula de supletoriedad, que viene a señalar la vigencia del Derecho estatal ante un vacío normativo por parte de las Comunidades Autónomas. Así, las Comunidad autónomas podrán asumir las competencias en las materias previstas en el art. 148.I de la Constitución y las que, *sensu contrario*, les permite el art. 149.I de la misma (arts. 148.2 y 149.3 de la Constitución), y al Estado corresponde la competencia sobre las materias previstas en el art. 149.I (y también el apartado 2, relativo a la competencia concurrente en materia de cultura) y aquellas que no se hayan asumido por las Comunidades Autónomas conforme a lo expuesto (art. 149.3 de la Constitución).

Ese es sumariamente expuesto, el sistema de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas diseñado por nuestra Constitución, sin que, como el Tribunal Constitucional declaró ya en la Sentencia 147/1991, de 4 de julio, la cláusula de supletoriedad sea título competencial, de modo que “para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa

13 Así lo entendió la STC 76/1983, de 5 de agosto al señalar “Por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que determina el art. 147.2, d), de la Constitución, son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar «las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución», articulándose así el sistema competencial mediante la Constitución y los Estatutos, en los que éstos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquélla” (FJ3º).

14 La cláusula residual, opera a favor del Estado al señalar que las competencias no atribuidas a las CC.AA., vía estatutaria o vía Ley Orgánica de transferencia, corresponderán al Estado.

15 Que no de supremacía, según la cual las normas estatales prevalecen en caso de conflicto sobre las de las Comunidades Autónomas, si bien cuando no se trate de competencias atribuidas en exclusiva a estas últimas.

materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate”¹⁶.

Por ello, cuando se impugna una ley estatal por vulneración del sistema constitucional de distribución de competencias, lo primero que el Tribunal Constitucional debe determinar es “si el legislador estatal ha rebasado o no el ámbito de las competencias que la Constitución le confiere”, por lo que “resulta obligado dar respuesta al problema previo del título o títulos competenciales en que pueda fundamentarse la Ley que se impugna, ya que, en caso de resultar inexistentes, no cabría otra conclusión que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley considerada en su conjunto o globalidad, (...) sin necesidad de examinar ya individualizadamente cada una de su previsiones”¹⁷.

En definitiva, es la titularidad de la competencia y no su ejercicio lo que se dilucida en el bloque de constitucionalidad; lo que significa que el Estado no puede dictar disposiciones sobre materias respecto de las que carece de competencia, con el pretexto de que la Comunidad no ha ejercido las competencias de las que sea titular.

La cláusula de supletoriedad no es una cláusula atributiva de competencias, en virtud de la cual pueda inferirse que el Estado tiene competencia para dictar normas en todo tipo de materias o, lo que es lo mismo, que tiene una competencia universal en todas las materias o en las que considere oportunas, de tal suerte que sus normas en algunos casos se apliquen de forma supletoria -en los casos en los que una determinada C.A. haya dictado alguna norma en ejercicio de sus competencias- y directamente en los demás.

Tal es la doctrina consolidada en la jurisprudencia constitucional, marcada por las emblemáticas Sentencias 118/1996 y 61/1997¹⁸. Pero esto no era una cuestión pacífica. La interpretación que sobre esta cláusula ha realizado el Tribunal Constitucional ha experimentado una notable evolución. En sus primeras resoluciones la doctrina del Tribunal Constitucional era más matizada, pudiendo hallarse dos líneas bien diferenciadas. Los primeros pronunciamientos sobre la cláusula de la supletoriedad partieron de su configuración a modo de título competencial, de forma que el Estado podía regular materias de exclusiva competencia autonómica con el único fin de servir de Derecho supletorio¹⁹. En estos pronunciamientos el Tribunal Constitucional no observa invasión competencial ni, por tanto, la invalidez del Derecho estatal, salvo que pretendiera

16 STC 118/1996, de 27 de junio. FJ 6.

17 STC 15/1989, de 26 de enero. FJ 1.

18 STC 61/1997, de 20 de marzo.

19 Así, las SSTC 86/1982, de 23 de diciembre, FJ núm. 5, 76/1983, de 5 de agosto, FJ núm. 4 y 49/1984, de 5 de abril, FJ núm. 2).

una aplicación incondicionada de éste en alguna Comunidad Autónoma con competencia exclusiva al respecto²⁰. Progresivamente, sin embargo, el Tribunal Constitucional fue cambiando su criterio²¹. Así, las Sentencias 15/1989 y 103/1989, avanzaron que la regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 CE, no constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado, aunque admitían que éste dictare normativa supletoria si tenía algún título especial para ello o si las Comunidades no habían asumido homogéneamente una materia. Sólo a partir de las Sentencias 118/1996 y 61/1997, el Tribunal parece desechar definitivamente la cláusula de supletoriedad como regla atributiva de competencias al entender que el Estado debe invocar el título específico que le habilite para dictar Derecho supletorio para ejercer una determinada competencia.

Partiendo de esta base jurisprudencial, la STC 118/1996²², se planteaba dos importantes cuestiones: aclarar si el Estado, careciendo de competencias específicas, puede dictar normas que valgan como Derecho supletorio y, la segunda, la de fundamentar si el legislador estatal está facultado para declarar supletorias las normas que dicte. A este respecto la referida sentencia es taxativa: “El Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria en materias sobre las cuales carece de todo título competencial; el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula atributiva de competencia... cualquiera norma precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es”²³.

Por esta razón, la STC 118/1996 concluye que, en las materias en las que todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias normativas, el Estado no puede dictar una norma aplicable supletoriamente, salvo que lo justifique en un título competencial propio: “En resumen, el hecho de que el legislador estatal disponga la aplicabilidad de sus normas a las CC.AA. sólo es constitucionalmente legítimo allí donde se halla habilitado por un título competencial específico, que le permita disponer tal cosa; pero donde carece de él no puede atribuírselo con base a la supletoriedad, pues, como hemos visto, la determinación de si ha de producirse o no la aplicación supletoria del Derecho estatal no le corresponde a él” (FJ 8). Y concluye que “tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas, meramente supletorias, pues tales normas, no constituyendo la cláusula de supletoriedad título

20 SSTC 85/1983, de 25 de octubre, FJ núm. 3, y 179/1985, de 19 de diciembre, FJ núm. 1.

21 SSTC 53/1988, de 24 de marzo, FJ núm. 1; 227/1988, de 29 de noviembre, FFJJ núms. 32 y 33; 13/1989, de 26 de enero, FJ núm. 3; 15/1989, de 26 de enero, FJ núm. 1, y 103/1989, de 8 de junio, FJ núm. 4.a.

22 Y antes de ella, las SSTC 147/1991, de 4 de julio, FJ núm. 7; 155/1993, de 6 de mayo, FJ núm. 1.

23 STC 118/1996, FJ 6.

competencial alguno, representan una vulneración del orden constitucional de competencias”.

De esta forma el Tribunal Constitucional da salida a la segunda cuestión que se había planteado y niega al Estado la facultad de declarar de aplicación supletoria a las normas que dicte. Lo único que autorizaría la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 de la Constitución sería a aplicar, que no producir, el Derecho estatal cuando el ordenamiento autonómico presente alguna laguna que no pueda ser llenada conforme a su propia normativa²⁴.

En síntesis, a medida que las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias, el Estado ha ido perdiendo, a su vez, capacidad normativa sobre éstas y, con ello, la posibilidad incluso de renovar la regulación preexistente, de manera que tal Derecho estatal queda, en consecuencia, petrificado puesto que la inconstitucionalidad de los preceptos supletorios por falta de competencia del legislador estatal llega incluso a proyectarse y alcanza a la capacidad de derogación de su propia legislación pues, a juicio del Tribunal Constitucional, la supletoriedad tampoco juega en sentido negativo: “es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo. De otro modo si el legislador estatal suprimiese, mediante su derogación, el derecho sobre una materia cuya competencia ya no es suya, sino de las Comunidades Autónomas, vendría a quebrantar una de las finalidades básicas de la cláusula de supletoriedad cual es la de que, con la constitución de los órganos de poder de las Comunidades Autónomas, y su correspondiente asunción de competencias normativas, no se origine un vacío parcial del ordenamiento, permitiendo y prescribiendo, con este propósito, la aplicación supletoria potencialmente indefinida del ordenamiento estatal”²⁵.

Por lo tanto, es el Derecho que dicte el Estado en ejercicio de sus competencias el que tendrá carácter supletorio, sin que esta supletoriedad previsible legitime por sí sola su acción legislativa. Ni siquiera a falta de otro título, para derogar, modificar o complementar el Derecho estatal preexistente a la reasignación estatutaria de competencias, aunque quede por ello petrificado.

24 Esta idea se repite en la STC 61/1997: “Dado que a partir de los artículos 148 y 149 CE, todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas, la competencia exclusiva sobre la materia urbanismo, es evidente que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de título competencial específico que así lo legitime, sin que, por otra parte, el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149. 3 *in fine* CE” (FJ 12.b).

25 FJ 12.

De este modo, el alcance de la cláusula de supletoriedad queda relegado al momento de aplicación del Derecho, no al tiempo de su producción que ha de tener lugar de acuerdo con las reglas materiales de distribución competencial. Cuando el Estado pueda legislar en materias de competencia autonómica, no será en virtud del general principio de supletoriedad, sino por efecto de las concretas reglas de delimitación competencial que le atribuyan específicamente alguna competencia, plena o compartida. En tal línea, la STC 147/1991 ya había iniciado una doctrina fundamental, seguida después por otras posteriores, y es que son nulas por vicio de incompetencia las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas. Y así, las SSTC 118/1996 y 61/1997 determinaron de forma taxativa y sin excepción que la regla de supletoriedad del Derecho estatal no constituye una cláusula universal atributiva de competencias a favor del Estado para legislar sobre cualesquiera materias puesto que no es una norma competencial sino meramente ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la CE. En consecuencia, el art. 149.3 CE no atribuye al Estado competencia alguna²⁶.

De esta jurisprudencia y de la doctrina constitucional cabe inferir que la supletoriedad es una técnica de aplicación del Derecho para la integración del ordenamiento jurídico, en tanto que la supletoriedad es de ordenamientos, no de leyes y que no es posible acudir a la supletoriedad si todas las Comunidades Autónomas tienen atribuido el mismo título competencial de forma exclusiva. Ello obliga, antes de aplicar supletoriamente una norma estatal, comprobar si se está en presencia de una laguna (que no es una ausencia de regulación) o de un deliberado vacío de regulación en el ordenamiento autonómico. En caso de laguna cabría acudir a la norma supletoria para superar la situación de conflicto generado por la carencia de regla aplicable siempre y cuando no sea posible resolverlo a través de las técnicas de autointegración del ordenamiento autonómico y siempre haciéndolo con absoluto respeto y adecuación a los principios propios del Derecho autonómico²⁷, puesto que cada Comunidad Autónoma forma un verdadero, completo y pleno ordenamiento jurídico y, como tal, no sólo no necesita ser asistido por el Derecho estatal en régimen de permanente suplencia sino que tiene capacidad autointegradora. Quiere con ello indicarse que si el ordenamiento

26 Por su parte, la STC 195/1998 se mantiene en esa línea doctrinal, aunque permite como excepción que el aplicador del Derecho autonómico pueda decidir evitar un vacío normativo en tal ordenamiento autonómico mediante la aplicación de una norma estatal de la que el Estado no tiene competencia alguna, si bien con carácter provisional en tanto la comunidad no ejerza efectivamente sus competencias. Por su parte, la STC 68/2021 reitera la doctrina marcada por las citadas sentencias 118/1996 y 61/1997 afirmando que en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas tampoco puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias.

27 STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021, FJ 9.

autonómico no abarca jurídicamente todo aquello que requiere regulación deberá acudir a mecanismos de interpretación e integración del ordenamiento jurídico capaces de dar solución jurídica concreta.

Pero entiendo que todo esto ya lo sabía el legislador cuando aprobó la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda: si analizamos la Exposición de Motivos de la propia norma podemos apreciar que, conocedora de su falta de competencia directa, justifica su actuación resaltando la importancia de la vivienda y su influencia directa en la política económica, siendo la planificación general de la actividad económica una competencia del Estado: “La vivienda resulta ser, así, un bien esencial de rango constitucional que presenta múltiples dimensiones. Desde esta perspectiva, el propio Tribunal Constitucional ha reiterado que no constituye un título competencial autónomo, sino que puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador. Dicha complejidad competencial es clara consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda”²⁸.

2. Distribución competencial constitucional en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio.

Realizada una introducción sobre la cláusula de supletoriedad, no es necesario reproducir de forma extensa y general la doctrina constitucional respecto a los títulos competenciales de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio sin conexión alguna con los preceptos, pues ello solo puede servir para fundamentar tanto la constitucionalidad como la inconstitucionalidad de un precepto. Basta con dejar constancia, en primer lugar, que conforme al art. 148.I.3ª de la Constitución, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda” y que, dada la ausencia de específica mención a tales materias en el art. 149.I de la Constitución, tal asunción puede serlo a título exclusivo.

De ahí que, por lo que se refiere a la vivienda, la doctrina constitucional ponga de manifiesto que, la competencia autonómica faculta a las Comunidades Autónomas “para desarrollar una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política”²⁹.

28 Y continúa: “La vivienda constituye, ante todo, un pilar central del bienestar social en cuanto lugar de desarrollo de la vida privada y familiar; y centro de todas las políticas urbanas. Pero también, desde el punto de vista de su soporte físico, es un bien que acota un sector económico dedicado a su producción, puesta en el mercado y su gestión. De hecho, en el conjunto de la edificación urbana, la vivienda ocupa el 80% del espacio construido y, como tal, es un factor determinante de la estructuración espacial”.

29 STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2.

Respecto a la ordenación del territorio, esta competencia “tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial”³⁰ y está constituida esencialmente “por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo”³¹.

Y, finalmente, en cuanto al título competencial urbanismo, señalemos que “alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico se traduce en la «ordenación urbanística», como objetivo normativo de las Leyes urbanísticas”³², “permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servirse para ello de las técnicas jurídicas que considere más adecuadas”³³.

Las CC.AA. que han interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 12/2023 tienen recogida en sus respectivos Estatutos la competencia exclusiva respecto de las tres materias referidas³⁴. Si las CC.AA. ostentan competencia exclusiva en materia de vivienda, esto supone que a ellas le corresponde diseñar e implementar una política propia en materia de vivienda y qué sea una política propia en materia de vivienda adquiere así relevancia escrutadora.

Una política en materia de vivienda concierne al conjunto de medidas adoptadas para facilitar el acceso a la vivienda, entre otras: la definición y regulación de las llamadas “viviendas protegidas” o “viviendas sociales” o de cualquier otro cuyo contenido sea similar o persiga un fin idéntico o similar; y del “derecho a la vivienda”, así como actividades de promoción (para la rehabilitación y conservación del parque de viviendas, por ejemplo) y fomento (otorgamiento de ayudas, subsidio de préstamos para facilitar el acceso a la vivienda de los jóvenes o colectivos con especial dificultad para tal acceso), medidas fiscales y, por supuesto, ordenación urbanística; todo ello como concreción de la actuación de los poderes públicos en orden al desarrollo del principio rector (que no derecho constitucional -art. 53.3 de la Constitución-) contenido en el art. 47 de la Constitución, conforme al cual

30 SSTC 77/1984, de 3 de julio, FJ 2; 149/1991, de 4 de julio FJ 1 B, y 149/1998, de 2 de julio, FJ 3.

31 SSTC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 3; 28/1997, de 13 de febrero, FJ 5; en parecidos términos, STC 306/2000, de 12 de diciembre, FJ 5.

32 STC 61/1997, FJ 6.a

33 STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 4.

34 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 137; Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía del País Vasco, art. 10.31ª; Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears, art. 30.3ª; Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, modificada por las Leyes Orgánicas 2/1991, 10/1994, 5/1998 y por la Ley 30/2002, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, art. 26.1.4ª; Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, modificada por la Ley 18/2002, del Estatuto de Autonomía de Galicia, art. 27; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, art. 56.1 y 56.3.

“los poderes públicos [competentes, obviamente] promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho [a disfrutar de una vivienda digna y adecuada], regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

3. Postura del Tribunal Constitucional en las Sentencias 79/24 y 26/25.

Frente a esta argumentación que acabamos de recoger que constituye el auténtico *Leit Motiv* de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos alegando la falta de competencia del Estado para regular la materia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la inexistencia de extralimitación de competencias, en las SSTC 79/24 y 26/25.

Esencialmente argumenta que, a pesar de tratarse de competencias exclusivas, ha de admitirse que el Estado puede intervenir en estas materias al albur de los ya manidos títulos competenciales transversales referidos, pues la materia vivienda, como la concerniente al urbanismo y a la ordenación del territorio, tienen una serie de implicaciones en esferas diversas en las que aquellos pueden tener su razón de ser y adquirir así virtualidad, y que son los previstos en el art. 149.1.1ª y 149.1.13ª (recogidos en el apartado I de la disposición final séptima de la Ley 12/2023); a ellos debe añadirse el correspondiente a la materia legislación civil del art. 149.1.8ª, en el que llamativamente pretende ampararse parte de la regulación contenida en la Ley (apartado 2.a) de la disposición final séptima, de la misma).

A) Respecto a la competencia **ex** art. 149.1.1ª de la Constitución (“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes constitucionales”) considera la STC 79/24 que debe orientarse en relación con el ejercicio del derecho de propiedad sobre la vivienda (art. 33.1 CE) y en el cumplimiento de los deberes constitucionales que correspondan por su función social (art. 33.2 CE). Dice la referida Sentencia que, de ello no cabría concluir sino que el Estado podría regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de trato -asimismo básica o esencial- de todos los españoles en el ejercicio (y en el contenido) de sus derechos de propiedad, de modo que el hecho de que las Comunidades Autónomas ostenten competencias sobre la concreción de la función social de la propiedad privada de la vivienda, como legisladores sectoriales de la materia (...) no puede impedir que el Estado ejerza también su competencia, **ex** art. 149.1.1 CE³⁵.

35 Y señala que, si bien para el ámbito de la vivienda, hasta ahora no lo había hecho, sí ha ejercido su competencia en otros. “Así, la competencia del legislador estatal para regular el cuadro de derechos y deberes de los propietarios de suelo, para «garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social» resultó avalada en la STC 16/2021, de 28 de enero, FJ 8, evidentemente con los límites que derivan del necesario respeto a las competencias autonómicas”.

Considera también que incide sobre el art. 47 CE (“todos españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”) pues, aunque este artículo no contenga un derecho fundamental ni un título competencial, o que constituya un principio rector de la política social y económica, no es óbice para que al mismo tiempo se despliegue como derecho constitucional, con sus vertientes competenciales³⁶.

Por último, respecto al alcance de las “condiciones básicas”, señala el TC que “no es sinónimo de «legislación básica», «bases» o «normas básicas»”. El art. 149.1.1 CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino solo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad”³⁷.

En definitiva, entiende la STC 79/2024 que “desde la perspectiva del art. 149.1.1 CE y del reparto competencial en la materia, lo que aquí debe examinarse es si la medida en cuestión contribuye teleológicamente a la igualdad, sin invadir competencias ajenas porque proceda a la «normación completa» de un derecho como el relativo a la vivienda, materia que es de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma”.

B) En cuanto al título transversal contemplado en el art. 149.1.13^a (“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”) refiere el TC que ya la STC 152/1988 puso de manifiesto que la competencia autonómica en materia de vivienda “se halla limitada por las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito” (FJ 2), pues esa competencia “responde al principio de unidad económica y abarca las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de medidas precisas para garantizar la realización de los mismos con la finalidad de evitar contradicciones o reducir disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema” (SSTC 70/1997, de 10 de abril, FJ 5; y 13/2007, FJ 6)³⁸.

36 Reconoce la STC 79/24 que el argumento de que “sobre el art. 47 CE cabe proyectar el art. 149.1.1 CE es algo que hasta ahora no habíamos reconocido de forma abierta, por falta de oportunidad, habiéndose limitado nuestra doctrina a resaltar su contenido de principio rector y no de derecho fundamental (lo que por ejemplo llevó a descartar la contravención del mandato del art. 10.2 CE en la STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6)”.

37 Cita la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 a) cuando señala que “el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.

38 La competencia estatal ex art. 149.1.13 es una “regla de carácter transversal en el orden económico que responde a la “necesaria coherencia de la política económica” y que “exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite

C) Por lo que se refiere a la competencia prevista en el art. 149.I.8ª (“legislación civil”³⁹), señala el TC que es preciso atender a las instituciones reguladas más que a las técnicas utilizadas para ello y, en concreto en el ámbito de la vivienda esta doctrina lleva a que “la regulación de la dimensión institucional del derecho de propiedad privada, dado que no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que la justifican, incumbe al titular de la competencia sectorial para tutelar tales intereses y no al que lo es en materia de legislación civil ex artículo 149.I.8 CE (STC 16/2018, de 22 de febrero, FJ 8 b)”.

Por otro lado, considera que hay que tener en cuenta que el art. 149.I.8 CE reserva en todo caso al Estado la materia “bases de las obligaciones contractuales” que, conforme a nuestra doctrina, comprende las reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones inter partes y en la economía interna de los contratos, comprobando, por ejemplo, si se respetan directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal⁴⁰.

En definitiva, en cuanto al orden constitucional de distribución de competencias, la STC 79/24 considera que, en base a estos títulos competenciales transversales, el Estado tiene legitimación para legislar en materia de vivienda. Y, por su parte, la STC 26/25 no hace sino desestimar la impugnación correspondiente relativa al exceso competencial, remitiéndose a la doctrina sentada por la citada STC 79/2024.

III. ANÁLISIS DE FONDO. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Procederemos a continuación a un acercamiento particularizado a cada artículo y disposición objeto del recurso, distinguiendo aquellos que el TC ha declarado inconstitucionales de aquellos otros que no ha considerado de tal modo.

I. Artículos declarados inconstitucionales.

A) Artículos referidos a la vivienda protegida (arts. 16.1, 16.2 y DT Primera).

que, dada la interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores”.

39 Art. 149.I: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8ª. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

40 SSTC 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 6; 157/2021, de 16 de septiembre, FJ 9, o 37/2022, de 10 de marzo, FJ 4.

El art. 16 en su apartado 1 de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda establecía que la vivienda protegida se regirá por los principios que relaciona, “sin perjuicio de las condiciones y requisitos establecidos por la legislación y normativa de ámbito autonómico o municipal, que tendrán en todo caso carácter prevalente”.

El precepto reconoce la competencia autonómica -y esta es exclusiva-. Esa “prevalencia” no tiene por qué significar exclusión de las condiciones y requisitos fijados por la norma estatal, en la medida en que pueda no haber contradicción, sirviendo así la normativa que se cuestiona, bien como disposición supletoria, bien como complemento de la autonómica, coparticipando en el ejercicio de una competencia que es exclusiva autonómica y conformando, en definitiva, la política autonómica en materia de vivienda.

Eso es lo que lleva a su inconstitucionalidad, como también la de su apartado 2⁴¹, por más que se limite a establecer una posibilidad, cual es que las Administraciones competentes puedan arbitrar los mecanismos necesarios para alcanzar las condiciones previstas en el apartado 1 pues, aunque no imponga actuación alguna la misma resulta indispensable para llevar a efecto las condiciones y requisitos del apartado 1.

Por tal razón, también la Disposición Transitoria Primera ha resultado igualmente declarada inconstitucional, dado que imponía no solo la normativa a aplicar en materia de viviendas sometidas a un régimen de protección pública, lo que corresponde a la Comunidad competente al respecto, sino la aplicación de la Ley 12/2023, además de la normativa autonómica, en el caso de las viviendas de un parque público de vivienda al prescribir lo siguiente: “Las viviendas que, a la entrada en vigor de esta ley, estuvieran calificadas definitivamente con algún régimen de protección pública, se regirán por lo dispuesto en dicho régimen, de conformidad con lo establecido en la legislación y normativa de aplicación. Las viviendas que formen parte de un parque público de vivienda se regirán por lo dispuesto en esta ley y en las disposiciones que lo regulen en la legislación en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio”.

La STC ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 16.1 y 16.2 así como de la DT Primera, por entender que establecen un régimen supletorio en materia de vivienda protegida sin tener título competencial, invadiendo así la competencia autonómica exclusiva.

B) Artículo referido a la colaboración de los grandes tenedores (art. 19.3.2º).

41 El art. 16 párrafo 2º señalaba: “Las Administraciones competentes podrán arbitrar los mecanismos necesarios para alcanzar las condiciones señaladas en el apartado anterior, pudiendo articularse a través de protocolos y convenios específicos con notarios y registradores de la propiedad”.

Impone el art. 19 de la Ley 12/2023 la obligación de los grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado de colaborar con las Administraciones públicas y de suministrar información. No obstante, parte del párrafo 3° establecía de forma excesiva la información requerida⁴².

Entiende el Tribunal Constitución en la referida Sentencia 79/24 que la regulación de la información mínima que, en caso de ejercitar esa posibilidad, tendría que requerirse y que realiza al final del art. 19.3 a), b) y c) “es una concreción excesiva. Puesto que corresponde a la comunidad autónoma decidir si desea intensificar las obligaciones de información de los grandes tenedores respecto a las viviendas que se encuentran en zonas específicas, debe corresponderle también decidir qué información requerir en su caso respecto a su uso y destino, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19.1, y máxime cuando, de acuerdo con el art. 19.4, la información sirve para establecer, en caso de quererlo así, fórmulas de colaboración con los propietarios”.

Por ello, las previsiones del art. 19.3 de la Ley que se refieren a la información que como mínimo ha de incluir la obligación que configura el artículo con respecto a las viviendas de titularidad del gran tenedor en la zona de mercado residencial tensionado no encuentran cobertura en el art. 149.1.1 CE y tampoco, por su naturaleza no económica (STC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5) en el art. 149.1.13 CE, debiendo declararse inconstitucionales y nulas.

C) Preceptos relativos a parques públicos de vivienda (arts. 27.1 y 27.3).

El art. 27.1 de la Ley 12/2023 establecía qué viviendas “al menos” deben integrar los parques públicos de vivienda⁴³. Por su parte, el apartado 3, imponía el destino

42 Art. 19.3 establecía: “La información a aportar se referirá al año natural anterior, a requerimiento de las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, debiendo comunicarse en un plazo máximo de tres meses desde el referido requerimiento, que incluirá, con respecto a las viviendas de titularidad del gran tenedor en la zona de mercado residencial tensionado, al menos, los siguientes datos: a) Los datos identificativos de la vivienda y el edificio en que se ubica, incluyendo la dirección postal, año de construcción y, en su caso, año y tipo de reforma, superficie construida de uso privativo por usos, referencia catastral y calificación energética. b) Régimen de utilización efectiva de la vivienda, en el contexto de los de usos previstos en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. c) Justificación del cumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de vivienda, establecidos en el artículo 11 de esta ley”. Únicamente se mantiene la primera parte del mismo, anulando los datos que debiera contener la información.

43 La parte anulada del art. 27.1 establecía: “Los parques públicos de vivienda, regulados específicamente por la legislación autonómica en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio, podrán estar integrados al menos por: a) Las viviendas dotacionales públicas. b) Las viviendas sociales y protegidas construidas sobre suelo de titularidad pública, así como las que lo hayan sido en ejercicio del derecho de superficie, usufructo o cesión de uso y para alquiler con opción a compra, durante el tiempo en el que no se active la correspondiente opción. c) Las viviendas sociales adquiridas por las Administraciones Públicas en ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, de conformidad con lo que disponga la legislación aplicable y las adquiridas a través de esos mismos derechos, en casos de ejecución hipotecaria o dación en pago de vivienda habitual de colectivos en situación de vulnerabilidad o en exclusión social, tal y como prevé la legislación autonómica.

de los ingresos procedentes de las sanciones por incumplimiento de la función social de la propiedad y de la gestión y enajenación de bienes patrimoniales que formen parte del parque público de viviendas⁴⁴.

La STC, sin enjuiciar la conveniencia o idoneidad de que esos tipos de viviendas se integren en los parques públicos de vivienda, considera que “el listado del párrafo tercero del art. 27.1 de la Ley 12/2023 refleja una técnica propia del ejercicio de competencias de legislación básica, al dar una determinada naturaleza a cierto patrimonio de otras administraciones que estas no pueden variar, solo extender a otros de sus bienes. Debe entonces reputarse inconstitucional”⁴⁵. Su carácter taxativo, al establecer unos mínimos sin excepciones, excluye toda consideración como Derecho supletorio y exime por tanto de entrar en ese aspecto.

Por su parte, el art. 27.3, que afectaba imperativamente determinados ingresos de las Administraciones públicas relacionados con la función social de la propiedad y la gestión de los parques públicos de vivienda a la creación, ampliación, rehabilitación o mejora de éstos, no se limita a la regulación del destino de estos bienes como una materia de competencia estatal ejercida al amparo del art. 149.1.13 CE, sino que “va mucho más allá, al prever además la afectación finalista de ingresos procedentes de las sanciones impuestas por el incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda y de los ingresos procedentes de la gestión de esos bienes, y no solo de su enajenación. Ello supone un exceso competencial, que resulta contrario al principio de autonomía financiera a que el art. 156.1 CE vincula el desarrollo y ejecución de las competencias autonómicas”⁴⁶. Por tanto, el art. 27.3 es también declarado inconstitucional.

Es inconstitucional por establecer un listado taxativo de tipos de vivienda que se integran en los parques públicos, afectando imperativamente determinados ingresos de las Administraciones públicas. Por tanto, el párrafo tercero del apartado 1 y el apartado 3 del art. 27 son inconstitucionales por implicar una

d) Las viviendas sociales adquiridas por las Administraciones Públicas en actuaciones de regeneración o de renovación urbanas, incluyendo las integradas en complejos inmobiliarios, tanto de forma gratuita en virtud del cumplimiento de los deberes y cargas urbanísticos correspondientes, como onerosa.

e) Cualquier otra vivienda social adquirida por las Administraciones Públicas con competencias en materia de vivienda, o cedida a las mismas”.

44 Señalaba el art. 27.3: “Los ingresos procedentes de las sanciones impuestas por el incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda, así como los ingresos procedentes de la gestión y, en su caso, enajenación de bienes patrimoniales que formen parte del parque público de vivienda deberán destinarse a la creación, ampliación, rehabilitación o mejora de los parques públicos de vivienda, en los términos establecidos en la legislación y normativa que los regule”.

45 Apoya su razonamiento en que no contribuye al ejercicio en condiciones básicas de igualdad del derecho a la vivienda de quienes tienen más dificultades de acceso a esta en el mercado y es una medida que tampoco tiene una dimensión económica, lo que lleva a descartar igualmente la aplicabilidad del art. 149.1.13 CE

46 En este sentido, afirma el TC que “existe un «señorío» sobre los recursos propios, también en las comunidades autónomas, que «obliga, desde perspectiva contraria, a abstenerse de efectuar “actos de disposición” o “afirmaciones competenciales” sobre recursos ajenos» (STC 87/2019, de 20 de junio, FJ 15)”.

intromisión ilegítima en la política propia en materia de vivienda que supone la competencia exclusiva autónoma prevista en el art. 156.I.

D) Modificación de diversos artículos de la LEC (DF Quinta).

La Disposición Final Quinta de la Ley 12/2023, vino a modificar la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificando diversos preceptos, en unos casos modificando la regulación preexistente, en otros, añadiendo algún apartado y una nueva Disposición Adicional.

La STC 26/25 declara la inconstitucionalidad y, por lo tanto, la nulidad, de los apartados 6,c) y 7 del art. 439 LEC, así como de los apartados 1 y 2 del art. 655 **bis** LEC y, por extensión, del art. 685.2 de la LEC, imponiendo requisitos que condicionan el acceso a la jurisdicción, considerando la acreditación de la situación de vulnerabilidad excesiva⁴⁷. Estos artículos introdujeron requisitos específicos de procedibilidad para admitir las demandas de desahucio, recuperación de la posesión o ejecución de bienes inmuebles que constituyan vivienda habitual, instadas por propietarios que tengan la consideración de grandes tenedores.

La anulación de los apartados 6,c) y 7 del art. 439 LEC, supone que cuando el arrendador o propietario que tenga la consideración de gran tenedor y ejercite alguna de las acciones comprendidas en los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del art. 250 de la LEC, para recuperar la posesión de inmueble que constituya vivienda habitual frente a persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, no será requisito de admisibilidad de la demanda de juicio verbal, acreditar que la persona contra quien dirige la acción no está en situación de vulnerabilidad económica por alguno de los medios dispuestos a tal fin, ni tampoco será necesario someterse previamente al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones públicas competentes⁴⁸.

De la misma forma, la anulación de los apartados 1 y 2 del art. 655 **bis** de la LEC, supone la anulación completa del citado artículo, eliminando el requisito de acreditación de los mismos extremos anteriores para continuar con la subasta de bienes inmuebles que constituyan vivienda habitual, el deudor se encuentre en

⁴⁷ La disposición final quinta de la Ley 12/2023, introducía un procedimiento de conciliación o intermediación en los supuestos en los que la parte actora tenga la condición de gran tenedor de vivienda, el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad económica. Según el preámbulo de la norma "la aplicación de este procedimiento facilitará a las Administraciones competentes dar adecuada atención a las personas y hogares afectados, ofreciendo respuesta a través de diferentes instrumentos de protección social y de los programas de política de vivienda".

⁴⁸ Con posterioridad, el art. 5 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, viene a imponer en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, como requisito de procedibilidad de las demandas acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias en vía no jurisdiccional de los previstos en el art. 2.

situación de vulnerabilidad económica y el ejecutante sea una empresa o un gran tenedor. Considera el TC que efectivamente pueden suponer una vulneración del 24.1 CE, tutela judicial efectiva.

2. Artículos objeto de recurso, declarados constitucionales.

Por el contrario, encontramos múltiples artículos recurridos que no han sido declarados inconstitucionales. Sin embargo, sobre estos artículos se han pronunciado los votos particulares de ambas sentencias, entendiendo que debieran ser anulados.

Así, en la STC 79/24 entendían los cinco firmantes del voto particular que el contenido de la Ley 12/2023 no permite considerar esta ley una regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la vivienda (art. 149.1.1 CE, en relación con el art. 47), como ha entendido la mayoría. La posibilidad de que el art. 149.1.1 CE se proyecte sobre “principios rectores” del capítulo III del título I CE (arts. 39 a 52) y no solo sobre “derechos” constitucionales del capítulo II (arts. 14 a 38), reconocida en las SSTC 33/2014 y 16/2018, no permite convertir esa regulación de “derechos” en una regulación de potestades y políticas más propia de una norma básica en materias de competencia compartida o incluso de una ley supletoria sobre una materia de competencia exclusiva de las comunidades autónomas como es la vivienda.

Además, “a mayor parte de los preceptos de la Ley 12/2023 -salvo los antes citados art. 15.1 e) y disposiciones finales primera y cuarta- contienen normas de urbanismo y vivienda encuadrables en el art. 148.1.3 CE, y no regulan el “contenido primario del derecho”, “facultades” o “posiciones jurídicas fundamentales” de los ciudadanos que “guarden una estrecha relación, directa e inmediata” con el derecho que el legislador trata de garantizar, como impone nuestra doctrina sobre el art. 149.1.1 CE que la sentencia dice aplicar. Por tal motivo, debieron ser declarados contrarios al orden constitucional de distribución de competencias⁴⁹.

Por su parte, en la STC 26/25 se presentaron dos votos particulares⁵⁰.

A) El art. 3 de la Ley 12/2023, que establece una serie de definiciones en las letras f) (“vivienda protegida”), g) (“vivienda asequible incentivada”) y k) (“gran tenedor”). Considera el recurso 5491/2023 que debieran ser declarados inconstitucionales por carecer el Estado de competencias para crear Derecho supletorio o regular las consecuencias de la aplicación de este y por invadir las

49 STC 79/24, de 21 de mayo. Voto particular de los magistrados Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, Excmo. Sr. D. Enrique Arnaldo Alcubilla, Excmo. Sra. D^a. Concepción Espejel Jorquera y Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño.

50 STC 26/25, de 29 de enero. Voto particular de Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, (LAU y parte del 15), voto particular de Excmo. Sr. D. Enrique Arnaldo Alcubilla, Excmo. Sra. D^a. Concepción Espejel Jorquera, Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño y Excmo. Sr. D. José María Macías Castaño. (LAU, 15, y 31).

competencias autonómicas en materia de vivienda, además de vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica⁵¹. Además, se denuncia una vulneración del principio de seguridad jurídica porque la singular complementariedad-supletoriedad que el legislador estatal impone en estos preceptos aboca al operador jurídico a un esfuerzo imposible de análisis e interpretación.

Definiciones que son constituciones según la STC 79/26 “en tanto no entren en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda, en cuyo caso, y a los efectos de su regulación, prevalecerán aquéllas”⁵².

B) Art. 8, letras a) y c), derechos del ciudadano en relación con la vivienda.

Se impugna la previsión de la Ley que dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada en los términos dispuestos por ella porque supone atribuirse una regulación exclusiva del derecho a la vivienda que no resulta del art. 47 CE, dado que este contiene un mandato a los poderes públicos que, ante todo, atañe a las comunidades autónomas; ni del art. 149.1.1 CE, porque reduce el contenido del derecho de los españoles a lo que disponga la ley estatal, excluyendo lo que hayan regulado las comunidades autónomas; ni del art. 149.1.13 CE, porque no existe relación con cuestiones económicas.

Por el contrario, la STC considera que “ningún momento se excluye, impide o limita la regulación que, respetando esas condiciones básicas, puedan establecer -o hayan establecido ya- las comunidades autónomas para cumplir con el mandato que también a ellas dirige el art. 47 CE”, entendiéndose por tanto desestimada esta queja, por no suponer una normación completa y acabada

Se combate también la previsión que dispone el derecho de la ciudadanía a solicitar la inscripción en los registros de demandantes de vivienda protegida

51 Dice el recurso “Esos incisos establecen una serie de definiciones (vivienda protegida, vivienda asequible incentivada y gran tenedor) «en tanto no entren en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda, en cuyo caso, y a los efectos de su regulación, prevalecerán aquellas» pretendiendo así un Derecho supletorio sui generis que se incrusta como un cuerpo extraño en la regulación autonómica de vivienda, desconociendo absolutamente que la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal no constituye título atributivo de competencia y no genera sus efectos en la fase de producción del Derecho, sino de su aplicación. Ello supone un reconocimiento implícito de que no se está haciendo uso de las competencias estatales ex art. 149.1.1 y 13 CE pues en tal caso la definición regiría siempre, con independencia de la contradicción con el Derecho autonómico”.

52 Añade la referida Sentencia que la definición de gran tenedor es vital para la aplicación de la Ley en cuanto constituye una categoría sobre la que se fundamentan otros preceptos legales, no todos impugnados en la demanda. Este tribunal entiende que, en los términos del art. 3 y teniendo en cuenta el conjunto de la Ley, la definición de gran tenedor de la letra k) resulta imprescindible para asegurar las condiciones básicas del ejercicio del derecho a la vivienda y de propiedad sobre ella, enmarcándose en el ejercicio de la competencia que corresponde al Estado ex art. 149.1.1 CE. “Sin ella no pueden comprenderse determinadas obligaciones que se imponen en razón de la función social a ciertos propietarios de viviendas, ni las medidas que se establecen en relación con las notificaciones de lanzamiento, la admisibilidad de acciones de recuperación posesoria, la subasta de bienes o las limitaciones extraordinarias de actualización de la renta de ciertos contratos de arrendamiento. Ninguna de estas medidas, que descansan explícitamente sobre la definición del art. 3 k), ha sido impugnada por el recurrente”.

cuando el Estado no tiene competencia para ello, pues la regulación es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Aduce el Tribunal Constitucional que “de lo que se trata es de establecer una condición básica ex art. 149.I.1 CE para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a una vivienda digna. Así incardinado el precepto, y dado que no hay imposición alguna sobre el funcionamiento o el régimen jurídico de esos registros, no existe invasión de la competencia autonómica en materia de vivienda”.

C) El art. 9 e) contempla como “deber del ciudadano en relación con la vivienda”, “en relación con el parque público de la vivienda, atender a su especial importancia como instrumento de acción a favor del derecho a la vivienda y velar por su adecuado mantenimiento y conservación, para que pueda servir a los hogares con mayores dificultades”.

Se cuestiona el establecimiento del deber de todos los ciudadanos, en relación con el parque público de vivienda, de atender a su especial importancia como instrumento de acción en favor del derecho a la vivienda y velar por su adecuado mantenimiento y conservación, para que pueda servir a los hogares con mayores dificultades porque se sostiene que está regulando un aspecto sustantivo del régimen jurídico de los parques públicos de vivienda que corresponde a la Comunidad Autónoma. Además, no puede entenderse cubierto **ex** art. 149.I.1 CE, por el carácter evanescente e imperfecto de la supuesta obligación que establece, o art. 149.I.13 CE, por carencia de contenido económico.

Enjuicia el Tribunal Constitucional que, la obligación que impone este precepto se hace a todos los ciudadanos -y no solo a los propietarios- la obligación de respetar la finalidad de contribuir al buen funcionamiento del mercado de la vivienda⁵³. No puede, en consonancia, aceptarse la queja respecto de este precepto, que en nada impide que las Comunidades Autónomas aprueben normas atinentes al régimen jurídico del derecho a la vivienda, respetando las condiciones básicas establecidas en la Ley 12/2023.

D) El art. 11.1.e) impone obligación de colaboración por parte del propietario de vivienda.

Se impugna la previsión de la Ley que incluye en el contenido del derecho de propiedad de la vivienda el deber de colaborar con la administración competente y suministrarle información de acuerdo con lo dispuesto en el título II de la propia norma, porque regula obligaciones de naturaleza jurídico-pública que incumben al titular de la competencia sectorial (la Comunidad Autónoma) y que no pueden

53 “... y servir de instrumento a las distintas administraciones públicas competentes en materia de vivienda para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada de los sectores de la población que tienen más dificultades de acceso en el mercado”.

entenderse amparadas por el título competencial que da formalmente cobertura a este artículo según la disposición final séptima de la Ley (art. 149.I.8 CE).

La STC rechaza la tacha de inconstitucionalidad del art. 11.I de la Ley 12/2023, acogiendo la argumentación del Abogado del Estado, pues la finalidad y el contenido del precepto son los de regular el cuadro de derechos y deberes de los propietarios de viviendas para garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho y el cumplimiento de los deberes inherentes a su función social. Considera que se trata, por tanto, “de un legítimo ejercicio de la competencia estatal del art. 149.I.1 CE en conexión con el art. 33.2 CE”.

E) Art. 15.Ie), DA Tercera y DF Primera. Estos preceptos regulan el derecho de acceso a la vivienda. Imponen un destino necesario al suelo en el caso de que se haya o hayan declarado zonas de mercado residencial tensionado.

El inciso recurrido dispone la obligación de que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística fijen un determinado destino para el suelo procedente de las cesiones obligatorias y gratuitas que los promotores deben entregar a la administración urbanística con destino al patrimonio público de suelo en el caso de los municipios donde se hayan declarado ámbitos de mercado residencial tensionado. Se impugna porque establece una regulación imperativa y acabada que no deja margen alguno a las competencias autonómicas.

Por su parte, la DA Tercera impugnada prevé la revisión de los criterios para la identificación de zonas de mercado residencial tensionado previstas en el art. 18.3 a los tres años desde la entrada en vigor de la Ley. La demanda defiende la inconstitucionalidad de esta disposición por las mismas razones que se predicaban del artículo a que se remite.

En relación con la disposición final primera en sus apartados uno, tres y seis, la disposición controvertida establece diferentes modificaciones de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU) que, en lo que aquí se impugna, afectan a la prórroga del contrato y a la determinación de la renta, en caso de grandes tenedores y zonas de mercado tensionado, con remisión a la regulación de estos en la Ley 12/2023 y con la previsión de una “coordinación técnica” de unos índices de referencia por ámbitos territoriales. La demanda combate el amparo de esta regulación en el título que la Ley invoca expresamente (art. 149.I.8 CE) porque entiende que no se está regulando la vertiente individual de los derechos y deberes de las partes de un negocio civil, sino la vertiente institucional de los derechos. Esto, sostiene, corresponde a la administración autonómica, como competente en materia de vivienda porque en otro caso el Estado diseña una política estatal propia sin título habilitante e invadiendo la competencia que corresponde a la Comunidad Autónoma.

El TC ha rechazado la alegación de que el art. 15.1 y las disposiciones referidas vulneran la autonomía local, pues se considera que la reducción de la capacidad de decisión de los Ayuntamientos en este ámbito es proporcional a la importancia de los intereses generales y supralocales afectados. En otras palabras, el TC ha entendido que la norma establece un equilibrio adecuado entre las competencias estatales y la autonomía municipal, justificando su validez en función del interés general en materia de ordenación urbanística y derecho a la vivienda.

F) El art. 18 apartados 2, 3 y 4. Se refiere a la declaración de mercado residencial tensionado. Indica que “la declaración de zonas de mercado residencial tensionado deberá realizarse por la Administración competente en materia de vivienda de conformidad con” una serie de reglas. Consideraba el recurso que, tratándose de procedimientos autonómicos para el ejercicio de competencias autonómicas, la regulación exhaustiva es especialmente invasiva y supone, establecer una suerte de tutela o control de oportunidad totalmente injustificados. Y todo ello sin que, una vez más, esa regulación pueda ampararse en los títulos que se invocan por el legislador estatal.

Rechaza el TC las quejas de exceso competencial dirigidas contra el art. 18, citando otras sentencias en las que este Tribunal ya ha declarado la constitucionalidad de previsiones legales estatales que imponen a otras administraciones establecer ciertas reservas de suelo en pro de vivienda con algún tipo de intervención pública.

G) Art. 31 que establece la información mínima que debe proporcionarse a quien desee comprar o alquilar una vivienda, considerando que responde a la necesidad de garantizar la transparencia en las transacciones.

La impugnación argumentaba que esta regulación excedía las competencias del Estado en materia de legislación civil, invadiendo competencias autonómicas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado que la norma es constitucional. En su razonamiento, el Tribunal señala que este artículo se encuadra dentro del art. 149.1.8º de la Constitución Española, que otorga al Estado competencia en materia de legislación civil. La finalidad del precepto es garantizar la transparencia en las operaciones contractuales, un objetivo legítimo dentro del marco normativo estatal, aunque la regulación también tenga efectos indirectos en la protección del derecho a la vivienda.

VI. CONCLUSIONES.

Primera. La doctrina del Tribunal Constitucional puede concretarse en que la cláusula de supletoriedad contemplada en el art. 149.3 de la Constitución no es una cláusula universal atributiva de competencias en favor del Estado, que

operaría en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas, ni siquiera es una cláusula particular en los casos de competencias compartidas. Cualquier norma que dicte el Estado con el único propósito de crear Derecho supletorio estaría viciada de incompetencia, tanto si se refiere a materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, como si lo son compartidas.

Segunda. El Estado no puede dictar normas supletorias si carece de título competencial específico que le legitime, sin que ostentar otros títulos que incidan en la materia sea suficiente para legitimar normas con ese carácter. El Estado, como las Comunidades Autónomas, queda sujeto por el principio de competencia; si carece de título específico ni puede crear Derecho, ni tampoco sustituir el vigente, ni derogarlo.

Tercera. Con relación a la cláusula de supletoriedad, la posición del Tribunal Constitucional entiende que es una regla de integración del ordenamiento autonómico, no un título competencial. Por ello, la supletoriedad del Derecho estatal no equivale a su aplicación automática en caso de laguna, los ordenamientos autonómicos son completos, de modo que, con anterioridad, procederá resolver esa laguna por la vía de la autointegración. La supletoriedad es una regla de resolución de lagunas, cuya operatividad queda en manos del aplicador del Derecho autonómico, no del legislador estatal produciendo Derecho aplicable en esas situaciones.

Cuarta. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la inexistencia de extralimitación de competencias del Estado al dictar la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda. Esencialmente argumenta que, a pesar de tratarse de que la vivienda, el urbanismo y ordenación del territorio competencias exclusivas de las CC.AA., al haber sido asumidas así en sus respectivos Estatutos de Autonomía, ha de admitirse que el Estado puede intervenir en estas materias al albur de títulos competenciales transversales, pues la materia vivienda, como la concerniente al urbanismo y a la ordenación del territorio, tienen una serie de implicaciones en esferas diversas en las que aquellos pueden tener su razón de ser y adquirir así virtualidad y que son los previstos en el art. 149.1.1ª y 149.1.13ª (recogidos en el apartado I de la disposición final séptima de la Ley 12/2023); a ellos debe añadirse el correspondiente a la materia legislación civil del art. 149.1.8ª, en el que llamativamente pretende ampararse parte de la regulación contenida en la Ley (apartado 2.a) de la disposición final séptima, de la misma).

Se abre una cuestión delicada. Considerar que la ley de vivienda afecta a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y que afecta igualmente a las bases y coordinación de la

planificación general de la actividad económica, es sin duda de una abstracción considerable.

¿Qué no se puede reconducir a economía, igualdad...?

Quinta. La postura que el Tribunal Constitucional ha mantenido en las dos Sentencias analizadas, 79/24 y 26/25, ha virado de dirección, pues la doctrina desde 1989 hasta ahora era diametralmente distinta. Pero, además, no lo hace de forma pacífica. No ha sido coherente con la doctrina previa. Es un tema muy abierto en el que el Tribunal de garantías, ni siempre ha dicho lo mismo, ni cuando lo ha hecho ha sido unánime, contando con 5 votos particulares en cada una de las dos sentencias.

En 30 años de constitución nunca se había dictado norma estatal sobre vivienda. Lo reconoce la propia Ley en la Exposición de Motivos. ¿Era necesaria?

ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 86/1982, de 23 de diciembre, BOE núm. 13, de 15 de enero de 1983.
- STC 76/1983, de 5 de agosto, BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1983.
- STC 85/1983, de 25 de octubre, BOE núm. 266, de 07 de noviembre de 1983.
- STC 49/1984, de 5 de abril, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1984.
- STC 77/1984, de 3 de julio, BOE núm. 181, de 30 de julio de 1984.
- STC 179/1985, de 19 de diciembre, BOE núm. 13, de 15 de enero de 1986.
- STC 199/1987, de 16 de diciembre, BOE núm. 7, de 08 de enero de 1988.
- STC 53/1988, de 24 de marzo, BOE núm. 89, de 13 de abril de 1988.
- STC 152/1988, de 20 de julio, BOE núm. 203, de 24 de agosto de 1988.
- STC 227/1988, de 29 de noviembre, BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988.
- STC 15/1989, de 26 de enero, BOE núm. 43, de 20 de febrero de 1989.
- STC 103/1989, de 8 de junio, BOE núm. 158, de 04 de julio de 1989.
- STC 147/1991, de 4 de julio, BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991.
- STC 155/1993, de 6 de mayo, BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1993.
- STC 36/1994, de 10 de febrero, BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1994).
- STC 118/1996, de 27 de junio, BOE núm. 182, de 29 de julio de 1996.
- STC 28/1997, de 13 de febrero, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997.
- STC 61/1997, de 20 de marzo, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997.
- STC 149/1998, de 2 de julio, BOE núm. 181, de 30 de julio de 1998.
- STC 195/1998, de 1 de octubre, BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1998.
- STC 306/2000, de 12 de diciembre, BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001.
- STC 164/2001, de 11 de julio, BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2001.

STC 48/2003, de 12 de marzo, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2003.

STC 247/2007, de 12 diciembre, BOE núm. 13, de 15 de enero de 2008.

STC 32/2019, de 28 de febrero, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019.

STC 87/2019, de 20 de junio, BOE núm. 177, de 25 de julio de 2019.

STC 132/2019, de 13 de noviembre, BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019.

STC 16/2021, de 28 de enero, BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021.

STC 68/2021, de 18 de marzo, BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021.

STC 157/2021, de 16 de septiembre, BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021.

STC 37/2022, de 10 de marzo, BOE núm. 84, de 08 de abril de 2022.

STC 79/2024, de 21 de mayo, BOE núm. 152, de 24 de junio de 2024.

STC 26/2025, de 29 de enero, BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2025.

LA PRÁCTICA HABITUAL -¿Y RAZONABLE?- DEL COBRO
DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DEL HIJO MAYOR DE
EDAD POR SU PROGENITOR CUSTODIO. EL NECESARIO
'AGGIORNAMENTO' DEL ART. 93.II DEL CÓDIGO CIVIL
ESPAÑOL

*THE COMMON PRACTICE -AND REASONABLE?- OF COLLECTING
CHILD SUPPORT FOR ADULT CHILDREN BY THEIR CUSTODIAL
PARENT. THE NECESSARY 'AGGIORNAMENTO' OF ARTICLE 93.II
OF THE SPANISH CIVIL CODE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 42-89

Ángel ACEDO
PENCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: Tras las rupturas matrimoniales o de las parejas que tienen hijos comunes mayores de edad, o que alcanzan dicha mayoría posteriormente, la pensión de alimentos de estos se entrega en España al progenitor que convive con los hijos hasta que abandonan el hogar familiar. Sin embargo, en muchas ocasiones en que los hijos mayores de edad no cobran directamente la pensión alimenticia genera problemas, distorsiones y desajustes que recomiendan un cambio normativo tal como ya han realizado algunas legislaciones próximas, tanto autonómicas como en países europeos de nuestro entorno, considerándose muy conveniente legislar en igual sentido actualizando el art. 93 CC.

PALABRAS CLAVE: Pensión alimenticia hijos mayores de edad; ruptura matrimonial; alimentos entre padres e hijos; derecho de familia.

ABSTRACT: *Following the breakup of a marriage or a couple with common-law children who are of legal age, or who reach that age later, child support payments are paid in Spain to the parent who lives with the children until they leave the family home. However, in many cases, when adult children do not receive child support directly, this creates problems, distortions, and imbalances that call for a regulatory change, as has already been implemented by some upcoming legislation, both in regional and neighboring European countries. It is considered highly desirable to legislate in the same direction by updating Article 93 of the Civil Code of the Kingdom of Spain.*

KEY WORDS: *Child support for adult children; marital breakdown; child support; family law.*

SUMARIO.- I. APROXIMACIÓN.- II. RÉGIMEN ALIMENTICIO PATERNOFILIAL: SÍNTESIS.- 1. Concepción y naturaleza.- 2. Los sujetos activo y pasivo en la obligación alimenticia.- 3. Aspectos objetivos: inicio, cuantía y extensión.- III. LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.- 1. Fundamento y legitimación.- 2. Los hijos de las parejas no casadas entre sí.- 3. Los alimentos de los hijos mayores de edad con alguna discapacidad.- IV. ACCIPIENS DE LA PENSIÓN DEL HIJO MAYOR DE EDAD.- 1. Situación consolidada: precepción por el progenitor custodio.- 2. La implícita prórroga automática tras la mayoría de edad.- 3. Las claudicantes e injustas consecuencias del pago directo al hijo sin la cobertura de un previo acuerdo o una resolución judicial expresa.- 4. La cuestionada ineficacia los pagos directos al hijo mayor de edad sin la previa cobertura de una resolución o acuerdo expreso.- 5. Admisión excepcional del pago directo al hijo mayor.- V. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN UN GIRO NORMATIVO.- 1. Perturbaciones del sistema vigente. 1. Cobro indebido -para sí- de la pensión por el progenitor custodio.- 2. La implícita prórroga automática tras la mayoría de edad.- 3. Coincidencia del sujeto legitimado con el *accipiens* de la pensión.- 4. Dificultades para organizar y desarrollar su propia autonomía personal.- 3. Las claudicantes e injustas consecuencias del pago directo al hijo sin la cobertura de un previo acuerdo o una resolución judicial expresa.- 4. La cuestionada ineficacia de los pagos directos al hijo mayor de edad.- 5. Limitación de la capacidad de obrar del hijo mayor de edad.- 6. Obligatoria -y evitable- litigiosidad para cambiar de *accipiens*. VI. BREVE RECORRIDO POR REGULACIONES ACTUALES EN EUROPA QUE PREVEN EL PAGO DIRECTO AL HIJO MAYOR DE EDAD.- 1. España.- A) *El frustrado Anteproyecto de ley que modificaba el art. 93.II CC.*- B) *El art. 10 de la Ley del País Vasco de relaciones familiares.*- C) *La ley 104 a) del Fuero Nuevo de Navarra.*- 2. Europa.- A) *El modelo mixto alemán: pago directo según conviva y/o lo solicite.*- B) *Reino Unido (Inglaterra y Gales): ambos sistemas.*- C) *Irlanda: reconocimiento del pago directo con orden judicial.*- D) *La opción francesa: el art. 373-2-5 del Code civil.*- E) *El precedente italiano: art. 337-septies del Codice civile.*- F) *El claro supuesto del pago directo en Países Bajos.*- G) *El caso sueco: abono directo al hijo mayor de edad.*- H) *El régimen noruego de pago directo al mayor de edad.*- I) *El mecanismo polaco de pensión directa al hijo.*- J) *Pago directo al hijo en el sistema suizo.*- VII. SUCINTAS CONCLUSIONES.

I. APROXIMACIÓN.

Es bien sabido que la obligación de prestar alimentos a los hijos por parte de sus progenitores no se extingue con la llegada a la mayoría de edad de aquellos. En la práctica, el progenitor custodio es quien recibe del otro las cantidades fijadas en vía amistosa o contenciosa tras el oportuno proceso de ruptura matrimonial. Alcanzada esa mayoría de edad, y persistiendo su derecho a alimentos, la forma de pago no varía, continuando, cobrando tal progenitor custodio la pensión mensual mientras conviva con él.

• Ángel Acedo Penco

Profesor Titular de Derecho Civil, en la Facultad de Derecho de Cáceres, de la Universidad de Extremadura. Director del Máster Universitario en Abogacía y Procura de tal Universidad y coordinador del Grupo de Investigación de Estudios de España, Portugal y América Latina, del Servicio de Gestión y Transferencia de Resultados de la Investigación de la Junta de Extremadura. Ha publicado 24 libros individuales, 26 artículos de revistas, 26 colaboraciones en obras colectivas y coordinado 6 libros colectivos. Ha impartido cursos, seminarios y conferencias presenciales en universidades e instituciones públicas de Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, Colombia, España, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lituania, Letonia, Marruecos, Nicaragua, México, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, República Popular China, Suiza y Turquía. Correo electrónico: aacedo@unex.es. ORCID: 0000-0002-7424-4601

Tal es la práctica que, sistemáticamente, en vía contenciosa se viene llevando a cabo en España siguiendo la vigente y unánime interpretación jurisprudencial del art. 93 II del Código civil. Sin embargo, son muchos los factores que aconsejan tomar otro rumbo y actualizar aquellos postulados conforme a una realidad social que poco tiene que ver con la de hace varias décadas cuando se redactó¹, reformó² e interpretó el precepto por el Tribunal Supremo acuñando la doctrina que desde entonces se viene aplicando³.

Además, no ha de ocultarse que, en no pocas ocasiones, el cobro directo por un progenitor de la pensión del hijo mayor de edad provoca situaciones indeseables en aquellos casos en que no se destina al fin previsto, no llega a su legítimo destinatario, o el hijo titular no desea verse envuelto en un proceso judicial contra un progenitor -que la cobra- a instancias del otro -quien la paga-, incluso cuando el hijo ya vive de manera independiente y con recursos ajenos a los de ambos progenitores. Así, la falta de acuerdo -por mala relación, ausencia de comunicación u otros motivos- puede provocar, además de una injusticia palmaria, una añadida crisis familiar abocada a ese nuevo proceso judicial, que por lo general el hijo, y a veces también el progenitor pagador, eluden en evitación de episodios familiares desagradables, eternizándose con ello la injusticia.

Es objeto del presente trabajo poner de manifiesto este desajuste y aportar remedios a situaciones tan indeseables, para lo cual, bastaría una ligera modificación normativa, como han hecho ordenamientos próximos, o un giro en la actual interpretación jurisprudencial, lo que determinará un cambio de paradigma más acorde con tiempo presente.

La doctrina reciente se ha ocupado de los problemas que rodean al derecho de los hijos mayores de edad a recibir alimentos de sus padres tras la ruptura matrimonial⁴, y con mayor profusión, más específicamente, acerca de las posibles causas y vicisitudes de la extinción de tal derecho⁵, siendo muy numerosos

- 1 Redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- 2 El párrafo segundo del art. 93 CC fue introducido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- 3 STS 411/2000, de 24 de abril, FD 2º *in fine* (ECLI:ES:TS:2000:3422).
- 4 ROLDÁN MELCHOR, N.: *La extinción de la pensión de alimentos en hijos mayores de edad*, Colex, Madrid, 2022; MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L.: *Estudios sobre el deber de alimentos*, Reus, Madrid, 2021; APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos de los hijos mayores de edad en el Derecho español. Problemas que se plantean en los pleitos de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T.: *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 1999, por citar solo algunas monografías.
- 5 UREÑA MARTÍNEZ, M.: "La eficacia jurídica de la sentencia que declara la extinción de la pensión de alimentos a hijo mayor de edad: comentario a la STS 1196/2023, de 20 de julio", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 124, 2024, pp. 267-278; RODA Y RODA, D.: "Reflexión sobre la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad: especial referencia a las malas relaciones como causa de extinción de la pensión, según la Jurisprudencia", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, N° 99, 2023, pp. 45-92; TORRELLES TORREA, E.: "¿Hasta cuándo deben percibir la prestación de alimentos los hijos mayores de

los fallos judiciales. Sin embargo, pese a su enorme repercusión práctica y a la injusticia advertida, raros son los análisis específicos del pago de la pensión por el progenitor alimentante al otro (por lo general su excónyuge), para que la administre en beneficio del titular del derecho, el alimentista ya mayor de edad, con quien convive, a veces solo formalmente⁶.

II. RÉGIMEN ALIMENTICIO PATERNOFILIAL: SÍNTESIS.

I. Concepción y naturaleza.

Los alimentos entre parientes son aquellos que se derivan del derecho subjetivo que la ley reconoce a una persona que carezca de recursos económicos de poder reclamarle a determinados familiares aquello que precisa para una

edad en los supuestos de crisis matrimoniales o ruptura de pareja?”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N° 37, 2023 (Ejemplar dedicado a: Aspectos patrimoniales de las crisis matrimoniales, coord. por E. Toral Lara), pp. 83-106; PÉREZ DÍAZ, R.: “La petición y extinción de alimentos de hijos matrimoniales o de parejas de hecho mayores de edad”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, N° 96, 2022, pp. 25-58; BERRIAIN FLORES, I., IMAZ ZUBIAUR, L.: “La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos: Análisis de la actualidad jurisprudencial”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 34, 2022, pp. 118-155; DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Extinción de la pensión de alimentos por ruptura unilateral, voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 97, N° 788, 2021, pp. 3679-3689; RIBERA BLANES, B.: “La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N° 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), pp. 482-529; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: “Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los a hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N° 17, 2020, pp. 171-190; BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 96, N° 777, 2020, pp. 479-529; GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: “Límite temporal y causas de extinción de la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad en las crisis matrimoniales”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N° 24, 2019 (Ejemplar dedicado a: Aspectos económicos de las crisis matrimoniales), pp. 22-36; CASTILLO SALDÍAS, A.: “Comentario de la Sentencia N° 104/2019 de 19 de febrero de 2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español: abre la posibilidad de extinguir la pensión de alimentos de aquellos hijos mayores de edad que no mantengan relación con el progenitor obligado al pago de su pensión de alimentos”, *Revista Justicia y Derecho*, Vol. 2, N° 1, 2019, pp. 132-139; MÉNDEZ TOJO, R.: “Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero”, *Actualidad civil*, N° 6, 2019; AVELLAN CARO, P.: “Extinción de la pensión de alimentos para hijos mayores de edad, dies a quo y fundamentos”, *Cuaderno de Familia: Boletín Jurídico de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, N° 5, 2019, pp. 24-27; ALIAGA CASANOVA, A. C.: “Extinción de la pensión de alimentos por falta de relación del hijo mayor de edad con el progenitor. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019”, *Cuaderno de Familia: Boletín Jurídico de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, N° 2, 2019, pp. 32-44; MARTÍNEZ DEL TORO, S.: “La extinción de los alimentos a los menores por razón de la edad de éstos”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, N° 134, 2018, p. 5 y ss.; RINCÓN ANDREU, G.: “Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad”, *Diario La Ley*, N° 9156, 2018; MAGRO SERVET, V.: “Inexistencia de causa para la extinción de la obligación de la pensión alimenticia en los casos de pérdida de afecto del alimentista”, *Diario La Ley*, N° 9028, 2017; AGUILAR RUIZ, L.: “Conflicto filio-parental y alimentos. Interpretación jurisprudencial de la causa de extinción de la obligación de alimentos de padres a hijos mayores de edad basada en el «maltrato» de los hijos a sus progenitores: Comentario a la Sentencia AP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016,1121)”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, N° 43, 2017, pp. 285-296; entre otros, por citar solo los trabajos específicos más recientes.

- 6 El único análisis específico que hemos encontrado sobre esta materia en la doctrina española es el magnífico trabajo de BUSTOS MORENO, Y. B.: “El “Accipiens” frente al acreedor en las pensiones de alimentos de los hijos mayores de edad, en las situaciones de crisis matrimonial: Posibilidad del pago directo a los hijos mayores de edad”, en: AA.VV., *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, coordinado por C. SANCIÑENA ASURMENDI y J. CARBAJO GONZÁLEZ, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 235-257. No obstante, otros autores también han abordado este problema, con mayor o menor amplitud, en diversas publicaciones que citamos en páginas subsiguientes.

subsistencia digna. Su regulación se desarrolla en el Código civil español, arts. 142 a 153, ubicado en el Título VI “De los alimentos entre parientes”, del Libro primero “De las Personas”.

Tales disposiciones, también son aplicables a los demás casos en que se tenga derecho a alimentos cuando así venga establecido, según expresa el art. 153 CC, en alguno de los siguientes instrumentos: en el propio Código civil, en testamento, o mediante un pacto, salvo que en ellos se indique otra cosa diferente⁷. En todo caso, no parece muy acertada la denominación legal del título VI “De los alimentos entre parientes” porque incluye a los cónyuges como primeros sujetos afectados cuando resulta indiscutible que ellos no están unidos por una relación de parentesco⁸.

Respecto de su naturaleza jurídica no cabe duda de que se está ante una de las llamadas obligaciones legales, reconocidas en los arts. 1089 y 1090 CC, aunque con sus especialidades propias. Es una obligación legal que tiene una finalidad personal como es socorrer al pariente necesitado, pero que está dotada de un contenido patrimonial. Aunque se ha discutido mucho si tiene carácter patrimonial, existen dos fases: 1ª) el derecho de alimentos que tienen sus titulares mientras permanece en estado de latencia -expectante-, hasta que son exigidos y reconocidos; y 2ª) la obligación legal de alimentos ya fijada en una prestación concreta.

Tradicionalmente se fundamenta, de un lado, en el interés particular en vivir que tiene la persona a quien puede reconocerse tal derecho, según la doctrina italiana y francesa; y de otro lado, en el interés general del Estado por la vida de sus ciudadanos, como un deber jurídico estatal. En relación con esta última posición se ha escrito que en la actualidad la obligación de alimentos es una obligación subsidiaria “complementaria de la que el Estado tiene de atender a los más necesitados por expresa imposición” de los arts. 27, 39, 41, 49 y 50 de la Constitución española⁹.

7 STS 706/1997, de 28 de julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:1997:5313): “en el contrato de donación en cuestión, la prestación alimenticia modal engloba asimismo la obligación de alimentos legales, hasta el punto que aquélla se identifica con ésta, y como para cuyo cumplimiento se pactó el establecimiento del sistema que refleja el art. 149 del Código Civil, en cuanto a que la prestación alimentaria se cumpliría manteniendo el donatario en su propia casa al donante, como así se efectuó hasta que dicho donante liberó de una manera concreta e indubitada al donatario de esta prestación”. Previamente se advierte que “Los alimentos a los que se refiere el art. 648-3 CC, no solo engloban los determinados en los artículos 142 y 143 de dicho cuerpo legal, sino también a los alimentos debidos “pro donationis”. O sea que, aparte de lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del donante, se deben incluir los que se especifiquen o se deriven ineludiblemente del contrato de donación”.

8 STS 455/2018, de 28 de julio, Sala Tercera, FD 2º (ECLI:ES:TS:2018:978): “El parentesco de que se trata comienza con el matrimonio de dos personas. Hasta ese momento los consanguíneos de los contrayentes, obviamente, carecían de toda relación parental”.

9 ROGEL VIDE, C. y ESPÍN ALBA, I.: *Derecho de la familia*, Colección Jurídica General, Cursos, Reus, Madrid, 2010, p. 21.

Tal vez, pensamos, sea más acertado considerar que el fundamento de la obligación de prestar alimentos entre parientes se encuentra en los principios de solidaridad y de protección de la familia, reconocidos en tales preceptos. Atendiendo a su regulación legal, y tomando el derecho de alimentos -más que la obligación alimenticia ya concretada-, se distinguen ciertas características en tal estado de latencia:

1ª. Tienen naturaleza personalísima siendo indisponibles y por tanto: a) intransmisibles¹⁰; b) irrenunciables¹¹; c) inembargables; d) sin transacción posible sobre ellos¹²; y d) se extinguen con la muerte¹³, tanto del titular, como del obligado al pago¹⁴. 2ª. Son recíprocos, quienes tengan derecho a reclamarlos a sus familiares que estén en situación desfavorable, también podrán verse obligados a prestarlos a éstos cuando estén en idéntica situación que aquéllos¹⁵. 3ª. Son imprescriptibles, pues siempre se podrán solicitar cuando su titular se encuentre en la situación prevista; pero cuando la obligación ya está determinada y vencida, el derecho a reclamarlos prescribe a los 5 años¹⁶. 4ª. Son variables, puesto que el importe se puede modificar dependiendo de las circunstancias de uno y otro sujeto, e incluso desaparecer¹⁷. 5ª. No es una obligación solidaria, sino mancomunada y divisible, donde se reparte el importe de cada uno¹⁸ cuando sean varios los obligados¹⁹. 6ª. No son compensables con los importes que quien tenga derecho a percibirlos

10 “No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas”, determina el art. 151 CC.

11 STS 529/2015, de 23 septiembre, FD 6º (ECLI:ES:TS:2015:3889): “Del simple tenor del art. 151 en relación con el art. 1200.2, ambos del C. Civil, queda clara la imposibilidad de compensar los alimentos, pues una es la deuda del padre con el hijo y otra diferente es la existente entre los excónyuges”.

12 Tal como se determina en el art. 1814 CC.

13 Arts. 150 CC (alimentante) y 152.1º CC (alimentista).

14 SSTS 661/2015, de 2 diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925); 395/2015, de 15 julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:3215); 111/2015, de 2 marzo (ECLI:ES:TS:2015:568); 703/2014, de 19 enero, FD 6º (ECLI:ES:TS:2015:427) y 700/2014, de 21 noviembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2014:5817).

15 STS 120/2016, de 2 marzo, FD 3º (ECLI:ES:TS:2016:769): “En conclusión, los abuelos tienen obligación de afrontar los gastos que generen sus nietos, ante la insolvencia de los padres, de acuerdo con lo establecido en el art. 142 del C. Civil y con respeto estricto del principio de proporcionalidad (arts. 145 y 146 C. Civil), (sentencias de 21 y 27 de octubre de 2015, recursos 1369 y 2664 de 2014)”.

16 “Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1.ª La de pagar pensiones alimenticias (art. 1966.1º CC).

17 Los alimentos “se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”, dispone el art. 147 CC. La SAP Cádiz (sec. 5ª) 111/2016, de 28 marzo, FD 2º (ES:APCA:2016:184) aclara: “lo que tiene en cuenta el precepto no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante o los que tenga atribuidos con facultades de administración, sino simplemente las necesidades del alimentista puestas en relación con el patrimonio de quien haya de darlos.”.

18 STS 236/1994, de 12 de abril, FD 1º (ECLI:ES:TS:1994:2382): “Así pues, la demanda dirigida exclusivamente contra uno de los obligados a prestar alimentos, para que este íntegramente los preste, (lo que supone una solidaridad) solo puede admitirse en los casos del art. 145-2º”.

19 “Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo”, dispone el art. 145.1º CC.

pueda adeudar al que tiene la obligación de prestarlos²⁰. 7ª. Estos alimentos entre parientes son independientes y diferentes de los alimentos derivados de la relación paterno filial del art. 110 CC pues éstos, en especial cuando son menores de edad, no tienen las limitaciones propias de los arts. 142-153 CC²¹, aplicable a los hijos ya mayores o emancipados. 8ª. Son distintos de la pensión compensatoria por divorcio del art. 97 CC pues éste no genera una obligación de alimentos entre los excónyuges²². 9ª. Pero la separación de hecho de los cónyuges libremente consentida sí permite recibir alimentos del consorte en virtud de los arts. 142-153 CC²³.

De otro lado, para que nazca la obligación de prestar alimentos han de concurrir los siguientes presupuestos: a) existencia de la relación familiar prevista en la ley; b) una situación de necesidad económica de la persona que los solicita; c) su destino ha de ser el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica; d) tener el obligado a prestarlos la capacidad económica sin dejar de atender sus necesidades; e) deben ser solicitados expresamente al juez en un proceso civil²⁴; y f) determinar su cuantía con la prueba oportuna para que pueda concederlos, sin que sea posible otorgarlos de oficio.

2. Los sujetos activo y pasivo en la obligación alimenticia.

La determinación de las personas que han de prestar y recibir la prestación alimenticia, así como las cualidades y circunstancias de éstas son decisivas en el régimen jurídico de los alimentos entre parientes. Se denomina alimentista a quien tiene el derecho de reclamar y recibir alimentos a sus familiares previstos en la ley; de otro lado, la persona que está legalmente obligada a prestarlos se llama alimentante. Deberán, recíprocamente, dar los alimentos como alimentantes y reclamarlos como alimentistas: a) los cónyuges; b) los ascendientes y descendientes; y c) los hermanos; sin que se extienda a otros familiares. Los dos primeros grupos deben alimentos en toda la extensión fijada en la ley, los hermanos solo aquellos para la vida y educación²⁵.

La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará, exigiéndolos, en este orden a estos sujetos: 1º) cónyuge; 2º) descendientes de grado más próximo; 3º) ascendientes, también de grado

20 "Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito", determina el 1200.II CC, como hiciera el 151 CC, ya examinado notas anteriores.

21 STS 5 octubre 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17670).

22 SSTs 23 septiembre 1996 (ECLI:ES:TS:1996:4982) y 29 junio 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9922).

23 STS 25 noviembre 1985 (ECLI:ES:TS:1985:527).

24 Ello, a tenor del principio de justicia rogada art. que se desprende del 216 LEC.

25 Tal orden se establece en el art. 143 CC, cuya interpretación se completa con lo dispuesto sobre la obligación de prestar alimentos entre hermanos en la STS (Sala de lo Social) de 15 octubre 2015, FD 3º (ECLI:ES:TS:2015:5561).

más próximo; 4º) hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sean uterinos o consanguíneos²⁶. En todos estos se repartirá entre tales personas el pago de la pensión que se haya fijado en cantidad proporcional a su caudal respectivo. Si hubiere urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar a los demás la parte que les corresponda²⁷. Cuando sean varios los obligados a prestar alimentos entre parientes han de ser demandados en el proceso todos y cada uno de tales obligados²⁸.

En el lado opuesto, cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden de preferencia antes establecido²⁹, salvo que los alimentistas fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél. La legitimación para reclamar los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales se tratará más adelante con base en la jurisprudencia que clarifica y deja zanjada la cuestión³⁰.

En lo que respecta al núcleo central de este trabajo, en la pensión de alimentos de los hijos casi siempre interviene un tercer sujeto, que no es ni acreedor, ni deudor de la prestación alimenticia, pero su intervención es clave, cual es el *accipens*, un progenitor diferente del alimentista -único titular del derecho alimenticio-, que se corresponde con el cónyuge tras la ruptura matrimonial o el progenitor con quien conviven los hijos, menores y mayores de edad, y que además es, salvo muy contadas excepciones, quien recibe directamente, en su propia cuenta corriente bancaria, el importe económico mensual que sufraga el *solvens* (el otro progenitor, su excónyuge, por lo general).

3. Aspectos objetivos: inicio, cuantía y extensión.

La obligación de dar alimentos nace, y por tanto, será exigible “desde que los necesitare, para subsistir” la persona que tenga derecho a percibirlos; sin embargo,

26 Tal se dispone en el art. 144 CC que añade: “entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos”.

27 El párrafo II del art. 145 CC dispone: “Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda”. Véase la SAP Murcia 369/2015, de 2 julio (sec. 4º), FD 3º (ES:APMU:2015:1511).

28 La STS 5 noviembre 1996 (ECLI:ES:TS:1996:6101), apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario al plantear la demanda un hijo solamente contra el padre. En dicho sentido, su FD 1º afirma: “Por ello se hace preciso demandar a todos y cada uno de los obligados, en el caso que examinamos, padre y madre conjuntamente (art. 144-3º del Código civil). Como razonablemente señala la sentencia recurrida, fijar la deuda de uno de los padres supone entonces, inexcusablemente, fijar simultáneamente el porcentaje de la deuda del otro, lo cual exige, para no producir indefensión a esa otra parte, y para evitar sentencias contradictorias, traer a todos los deudores conjuntamente al proceso como partes demandadas”.

29 Esto es: 1º el cónyuge; 2º los descendientes; 3º los ascendientes; y 4º los hermanos.

30 STS 223/2019, de 10 de abril, FD 2º (ECLI:ES:TS:2019:1252) y las que allí se citan.

no hay obligación de abonarlos con carácter retroactivo, sino que solo se deberán, “desde la fecha en que se interponga la demanda” ante el Juzgado reclamándolos, si son reconocidos, ordena el art. 148 CC. Por tanto, la sentencia solo podrá conceder los alimentos que se generan desde la presentación de la demanda, sin que puedan reclamarse aquellos que, aun estando en situación precaria, se produjeron antes de tal fecha.

Todo alimentante deberá realizar el pago por meses anticipados, pero si falleciere el alimentista recibéndolos, sus herederos no estarán obligados a devolver los que aquel hubiese recibido anticipadamente. El juez, a petición del alimentista o del ministerio fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades³¹.

Según sea su extensión y alcance, los alimentos pueden ser civiles o amplios y naturales o estrictos, sin que su cuantía pueda ser revisable por el Tribunal Supremo ya que se trata de una facultad exclusiva de los tribunales de instancia³².

Los alimentos civiles o amplios se prestan entre cónyuges, ascendientes y descendientes e incluyen, según el art. 142 CC: a) “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”; b) “la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”; c) además, solo para las mujeres, “los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Los alimentos naturales o estrictos son los que se prestan entre hermanos e incluyen exclusivamente “los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán, en su caso, a los que precisen para su educación”, según el art. 143 *in fine*.

La cuantía de los alimentos “será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”, como dispone el art. 146 CC³³. Además, “se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o

31 STS 487/2016, de 14 marzo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:3441): “De acuerdo con el art. 148 CC, las sentencias que reconozcan la obligación de prestar alimentos producen sus efectos desde la demanda. El párrafo primero de esta disposición, después de señalar que se deben desde el momento en que se produce la necesidad del alimentista, añade que “no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”, tal como han recogido las sentencias de 5 octubre 1995; 3 octubre 2008; 26 octubre 2010; 14 junio 2011; 26 marzo 2013 y 23 junio 2015”.

32 STS 30 diciembre 1986, FD 3 (ECLI:ES:TS:1986:7851): “la determinación de la cuantía de los alimentos es facultad exclusiva de la Sala de instancia, y su pronunciamiento sólo puede ser atacado por evidente error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba”.

33 STS 184/2016, de 18 marzo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:1288).

disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”³⁴, pudiendo tenerse en cuenta la inflación³⁵.

Se reconocen al obligado a prestar alimentos, a su elección, las siguientes opciones (art. 149 CC): pagar la pensión económica fijada; o bien, recibir y mantener en su propia casa al alimentista que tuviera derecho a ellos. Sin embargo, no tendrá el alimentante el derecho de elección, siendo obligatoria la pensión cuando: 1) contradiga la situación de convivencia establecida para el alimentista por la ley o una resolución judicial; 2) concurra justa causa³⁶; 3) se perjudique el interés del alimentista menor de edad³⁷.

El Código civil enumera las causas tasadas por las que decae el derecho a seguir recibiendo alimentos, en sus arts. 150 y 152, y por tanto, para que desaparezca la obligación de sufragar la pensión de alimentos, siendo las siguientes: a) la muerte del obligado “aunque los prestase por sentencia firme”³⁸; b) el fallecimiento del alimentista que los recibía, o tenía derecho a ellos; c) la reducción de la fortuna del alimentante hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia; d) cuando el alimentista pueda ejercer algún oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, sin que le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, debiendo ser una posibilidad real³⁹; e) el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiere cometido alguna falta, prevista legalmente, de las que dan lugar a la desheredación; y f) la mala conducta o falta de aplicación al trabajo del alimentista, que sea descendiente del alimentante, cuando la necesidad la cause tal conducta⁴⁰.

III. LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.

I. Fundamento y legitimación.

En el presente contexto socioeconómico, especialmente durante este último decenio y por diversas causas, los jóvenes españoles prolongan la estancia en

34 Tal indica el art. 147 CC que completa la STS 395/2015, de 15 julio, FD 1º (ECLI:ES:TS:2015:3215).

35 STS 11 octubre 1982 (ECLI:ES:TS:1982:1161).

36 STS 25 noviembre 1985, FJ 5º (ECLI:ES:TS:1985:527): “ese derecho de opción en el modo de prestar los alimentos que el precepto autoriza no puede ser tan absoluto que limite el amplio examen que los Tribunales han de efectuar de los datos concurrentes en cada caso, hallándose subordinado a la condición de que no exista estorbo alguno, ni legal ni moral, para que el alimentista pueda ser trasladado a casa del alimentante”.

37 STSJ Aragón 7/2015, de 11 febrero, FD 5º (ECLI:ES:TSJAR:2015:88): “El propio recurrente conoce que ello es así, como se desprende de lo expresado en el escrito de oposición a la apelación. Él mismo le ha dado la posibilidad de trasladarse a vivir con él, solicitud que se vuelve a realizar en el escrito de demanda, pero obviamente, al ser ambos mayores de edad, si su voluntad -como se manifiesta por la representación de la madre- no es convivir con el padre, nada puede hacer la justicia al respecto”.

38 SAP Cádiz (sec. 5ª) 25/2016, de 26 enero, FD 1º (ECLI:ES:APCA:2016:3).

39 SSTS 5 noviembre 1984 (ECLI:ES:TS:1984:1862) y 10 julio 1979 (ECLI:ES:TS:1979:5233).

40 SSTS 661/2015, de 2 diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925); 395/2015, de 15 julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:3215); y 111/2015, de 2 marzo (ECLI:ES:TS:2015:568).

el domicilio familiar durante periodos de tiempo que van mucho más allá de la mayoría de edad legal⁴¹.

Como se anticipó, los hijos tienen derecho a los alimentos civiles o amplios, pero su alcance difiere si son mayores o menores de edad. Durante la minoría de edad, y mientras los hijos están sujetos a la patria potestad de sus padres, éstos han de procurarle alimentos⁴² -salvo que los menores tengan ingresos propios suficientes- y también los demás cuidados que se detallan en el art. 154 CC.

Añádase a lo anterior, como advierte la jurisprudencia, que “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”⁴³.

Cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad y salen *ope legis* de la patria potestad, pierden la amplia protección que les otorga dicho precepto, sin embargo, tienen derecho al régimen alimenticio general que se les reconoce en los arts. 142-153 CC.

En consecuencia, no va a extinguir el derecho de alimentos de manera automática por el hecho temporal de haber llegado el hijo menor a los dieciocho años, aunque su régimen jurídico, y sobre todo su alcance, queda alterado -reducido- sustancialmente, según expresa el texto legal: 1) Siendo menores “los alimentos se prestan conforme a las circunstancias y necesidades económicas de los hijos en cada momento”. 2) Pero llegando a la mayoría de edad, “los alimentos son

41 Según divulga la web oficial del Consejo de la Juventud de España, del Ministerio de Juventud de Infancia, en una entrada fechada el 11-08-2023: “Las personas jóvenes se emancipan a los 30,3 años de media en España, la cifra más alta de los últimos veinte años”, y además, comparativamente resulta que la tasa de emancipación juvenil en nuestro país se estanca en el 15,9%, muy por debajo de los niveles europeos que ostentan una tasa media de 31,9 %. Disponible en <https://www.cje.org/las-personas-jovenes-se-emancipan-a-los-303-anos-de-media-en-espana-la-cifra-mas-alta-de-los-ultimos-veinte-anos> (última consultado, 20-03-2025).

42 STS 24 octubre 2008, FD 2º (ECLI:ES:TS:2008:5556): “La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes -entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el art. 152 CC- sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación”.

43 STS 372/2014, de 7 de julio, FD 3º *in fine* (ECLI:ES:TS:2014:2622) donde la discapacidad del hijo era del 65%: “La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el art. 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga”.

proporcionales al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe y se reducen a aquellos alimentos que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al art. 142 CC”, debiendo añadirse que el fundamento de la extensión de tal derecho se asienta en la ineludible convivencia del hijo, ya mayor, con el progenitor custodio⁴⁴.

Así, cuando tras la nulidad, separación o divorcio de sus progenitores el menor alcance la mayoría de edad, el art. 93.II CC⁴⁵ y la jurisprudencia que lo interpreta, exigen el requisito de la convivencia en el domicilio familiar para poder gozar de los alimentos que le reconoce el precepto, si bien ya en la cuantía y extensión del citado art. 142.

Este presupuesto de la convivencia en el domicilio familiar se refiere “no sólo el domicilio conyugal propiamente dicho, es decir, el último domicilio que ha sido compartido por los progenitores antes de que se produjera el cese de la convivencia marital, sino que también debe incluirse en este concepto el domicilio de cualquiera de los progenitores con quien convive el hijo tras la separación”⁴⁶.

Se afirma que esta convivencia persistirá -más bien se presumirá legalmente- aun cuando el hijo resida temporalmente en otra ciudad por motivos de estudios, u otro similar, pero regrese periódicamente al domicilio en vacaciones y/o fines de semana, debiendo tratarse del domicilio estable⁴⁷.

En este sentido se pronuncia con reiteración la jurisprudencia, vinculando la legitimación de cónyuge custodio a la convivencia, razonando que: “la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad, se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran”⁴⁸.

44 STS 661/2015, de 2 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925).

45 “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos”, reza el precepto.

46 MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: “Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 17, julio-diciembre 2020, pp. 176-178.

47 MONTERO AROCA, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 93 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 210 y ss.

48 STS 411/2000, de 24 de abril, FD 2º *in fine* (ECLI:ES:TS:2000:3422): “se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores”. Esta breve, pero muy fructífera, sentencia marca el punto de partida de otras tantas que le sucedieron

Si bien este fundamento de la convivencia en el domicilio familiar (habitualmente con el cónyuge custodio) no ha dejado de generar controversias, especialmente para justificar el mantenimiento o extinción de los alimentos⁴⁹, el Alto Tribunal, en fechas más recientes, viene exigiendo una mayor rigidez de aquella, negando la pensión alimenticia del mayor de edad cuando falte una convivencia familiar estricta.

Respecto de la controvertida legitimación para reclamar los alimentos de los hijos mayores de edad, el Tribunal Supremo destaca la imperfección técnica del art. 93 II CC, al advertir que tal precepto, tiene “la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial, la legitimación para reclamarlos. Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo pues tales legislaciones prevén, pues, una legitimación directa del progenitor conviviente”⁵⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia pronto solventó la cuestión colmando aquella laguna⁵¹ declarando “la exclusiva legitimación del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente”⁵². Así las cosas, se constata que se ha producido “un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor” que puede actuar en beneficio del hijo mayor de edad, pese a la plena capacidad de este⁵³.

En todo caso, el hijo mayor de edad -exista o no ruptura matrimonial de sus padres-, si abandona el domicilio familiar, deberá ser él mismo -aquí sí-, en caso de necesitarlos, quien haya de interponer ante el órgano judicial la demanda de reclamación de alimentos contra el padre, la madre, o contra ambos. Así se deduce del art. 93.I CC, previsto para cuando los pida por primera vez al demandado, puesto que si ya los percibía siendo menor estos se extienden de manera automática al llegar a la mayoría.

corroborando la legitimación del progenitor custodio, complementando la evidente laguna del precepto citado, siendo repetidamente citada en infinidad de resoluciones posteriores.

49 Expuesta, entre otros, en los trabajos doctrinales sobre la cuestión citados en la nota 9.

50 STS 47/2019, de 12 de marzo, FD 3º (ECLI:ES:TS:2019:869) que añade sobre otros ordenamientos: “Así aparece en el art. 295 del *Code français*, tras la reforma del 11 de junio de 1975, al disponer: “el padre que asuma a título principal la carga de los hijos mayores de edad que no pudieran por ellos mismos satisfacer sus necesidades, podrá solicitar a su cónyuge que le haga una aportación a su manutención y su educación “. En el mismo sentido lo dispone el art. 155 del Código Civil Italiano, y dentro de España el art. 233-4 del Código Civil de Cataluña, al disponer que la autoridad judicial, “a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan”, pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad emancipados teniendo cuenta lo establecido en el art. 237-1”.

51 Primero, tempranamente, en la ya citada STS 411/2000, de 24 abril (ECLI:ES:TS:2000:3422).

52 STS 432/2014, de 12 julio (ECLI:ES:TS:2014:3438).

53 STS 223/2019, de 10 de abril, FD 2º (ECLI:ES:TS:2019:1252).

Ahora bien, el hijo mayor de edad perderá cualquier derecho de reclamar alimentos a sus padres, cuando se den una de estas dos circunstancias que se prevén en los apartados 3º y 5º del art. 153 CC, que: a) “pueda ejercer un oficio, profesión o industria”; o b) su necesidad “provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo”.

Las resoluciones sobre la extinción del derecho a percibir la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad a cargo de sus padres vienen siendo abundantes, y señalan que han de adoptarse caso por caso, destacándose su condicionalidad y las circunstancias que pueden llevar a su extinción, ya sea por falta de convivencia en el domicilio familiar⁵⁴, ya por falta de rendimiento académico del alimentista⁵⁵, ya por constatarse la independencia económica de este⁵⁶, sin olvidar el “mínimo” vital del alimentante⁵⁷.

Recientemente viene admitiendo por la jurisprudencia un nuevo motivo que, añadido a los anteriores, podría justificar la desaparición del derecho a la pensión de alimentos de los mayores de edad a cargo de sus padres cuando incurran en la causa de desheredación del art. 853.2 en relación con el 152.4º CC, “por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia” conforme a la realidad social⁵⁸. No obstante, habrá de ser de “interpretación rigurosa y restrictiva -para- valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo”⁵⁹.

- 54 La STS 699/2017, de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS:2017:4614), declara (hija mayor de edad, que no convive con los progenitores), en su FD 4º: “Esta sala en interpretación de los preceptos mencionados, ha dictado, entre otras, la sentencia núm. 700/2014, de 21 de noviembre, y la núm. 372/2015, de 17 de junio, las que se analiza el supuesto de alimentos a hijos mayores de edad, cuando prolongan sus estudios más allá de la mayoría de edad. Igualmente en sentencia núm. 558/2016, de 21 de septiembre, se declaró: “Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos (STS 700/2014, de 21 de noviembre) a una hija de 27 años por entender que no es previsible su próxima entrada en el mercado laboral, cuando la realidad social (art. 3.1 CC) evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata”. En igual sentido, se pronuncia la STS 395/2017, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2017:251).
- 55 STS 95/2019, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:379), cuyo FD 4º: “fija un límite temporal de un año para la continuidad en la percepción de alimentos, entendiendo que ese es un plazo razonable para adaptarse el hijo a su nueva situación económica habida cuenta que su nulo rendimiento académico le hace acreedor a la extinción próxima de la pensión, de acuerdo con el art. 152.5 del C. Civil”.
- 56 STS 232/2024, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:981), FD 2º: “concorre una situación objetivamente constatable de pérdida sobrevenida de la legitimación del progenitor demandado para percibir una contribución de alimentos por ausencia de convivencia con los hijos mayores de edad económicamente independientes (art. 93.2 CC)”
- 57 STS 661/2015, de 2 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925).
- 58 STS 104/2019, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:502), importante resolución, citada ulteriormente, entre otras, en la más reciente STS 511/2023, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1570).
- 59 Sería de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo. Precisamente por esta interpretación restrictiva, las Audiencias Provinciales catalanas, donde un precepto expreso prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos (art. 441-17.e CCCat.) han desestimado la extinción cuando, constatada la falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista (sin ánimo de ser prolijo, véanse en igual sentido: SAP Lleida (sec. 2º),

Por su parte el Código civil de Cataluña, entre las causas de desheredación incluye: “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario” (art. 451-17 e), causa ésta que el Código civil español no recoge. Sin embargo, el Tribunal Supremo, tras indicar que la interpretación de tal norma “es perfectamente extrapolable al derecho común”, afirma que para apreciar esa causa de extinción de la pensión de alimentos de los hijos “ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos”⁶⁰.

No obstante, la situación fáctica de la convivencia del hijo mayor de edad con el progenitor custodio, es decir, sin que se haya independizado, no es elemento suficiente que justifique por sí solo el derecho a percibir una pensión alimenticia a cargo del otro progenitor, sino que habrán de concurrir todas y cada una de las circunstancias precisas del régimen alimenticio general que se ha descrito sucintamente en las páginas anteriores.

2. Los hijos de las parejas no casadas entre sí.

El Código civil, como se ha visto, solo prevé la obligación legal de alimentos entre: cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, sin que la extienda a otras personas. En consecuencia, el art. 143 CC no incluye a los miembros de las parejas de hecho, de igual o diferente sexo, unidas sentimentalmente y que además convivan. Teniendo en cuenta el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE cabe preguntarse si las parejas que conviven *more uxorio* pueden ser incluidas en la obligación de alimentos como ocurre con los que están unidos mediante un matrimonio válido.

En cuanto a los dos miembros de la pareja, la mayoría de la doctrina es partidaria de no equiparar ambas realidades y se opone a la aplicación de estos preceptos a ellas bajo el fundamento de que el art. 143 CC exige el vínculo conyugal, o el parentesco, sin que ninguno de los dos requisitos acontezca en este tipo de uniones⁶¹. No obstante, sí que se admiten los alimentos entre los miembros de la pareja de hecho cuando aquéllos se derivan de un pacto entre ellos, aún tácito, tanto mientras dura la convivencia y se prevean para el caso de ruptura.

385/2014, de 24 de septiembre; SAP Tarragona (sec. 1ª) 147/2017, de 23 de marzo, SAP Barcelona (sec. 12ª) 2 enero 2018, y SAP Barcelona (sec. 18ª) 29 junio 2017, entre otras.

60 STS 104/2019, de 19 de febrero, FD 3º-8: “Esta argumentación, que se hace al aplicar la normativa del Código Civil de Cataluña, es perfectamente extrapolable al derecho común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que propugnamos, porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad, según la doctrina de la sala ya mencionada”.

61 BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Las uniones o parejas de hecho, los efectos patrimoniales constante y al cese o ruptura de la convivencia”, en AA.VV.: *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. 2 (eds. por R. Herrera Campos y M. A. Barrientos Ruíz), Editorial Universidad de Almería, 2011, pp. 638-639.

En igual sentido, la jurisprudencia rechaza aplicar a las parejas no casadas las normas previstas para el matrimonio, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en base a que “la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio⁶², aunque una y otra se sitúen dentro del Derecho de familia. Aún más: hoy en día⁶³, con la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”⁶⁴.

Todo ello al margen de ciertas legislaciones autonómicas que sí han reconocido el derecho de alimentos entre los miembros de la pareja de hecho⁶⁵ lo que viene a constatar, una vez más, el desigual y variopinto Derecho de familia existente en España, de difícil justificación racional, pues no son diferentes en uno u otro lugar del Reino.

Ahora bien, cuando se trata del derecho a los alimentos de los hijos de las parejas no casadas, objeto esencial de estas páginas, la cuestión varía rotundamente, al estar proscrita toda desigualdad jurídica entre aquellos, matrimoniales o no, adoptivos o naturales, igualdad que se proclama en el art. 39 CE cuyo apartado 2 garantiza: “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”, indicando el apartado 3 que: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”. Esta dicción no puede ser más taxativa.

Por ello, aquí la jurisprudencia, en base al precepto constitucional expresado, no duda en fijar la aplicación analógica del art. 93.II CC, expresando que este precepto: “por analogía justificada cabe aplicar[lo] al supuesto que nos ocupa, toda vez que el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran

62 STS 611/2005, de 12 de septiembre, FD 3º (ECLI:ES:TS:2005:5270): “Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. La sentencia, muy polémica, tuvo dos extensos votos particulares, uno sobre el fondo discrepando de la negativa de la mayoría a conceder la indemnización reclamada (suscrito por el magistrado Xavier O’Callaghan Muñoz) y otro sobre la argumentación que sirve de soporte al fallo (firmado por los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel y Encarnación Roca Trías).

63 SSTC, ambas del Pleno, 184/1990, de 15 de noviembre (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1990) y 222/1992, de 11 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993).

64 STS 1048/2006, de 19 de octubre, FJ 2º (ECLI:ES:TS:2006:6421): “Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia “more uxorio” el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por “analogía legis” de las normas propias del matrimonio”.

65 Véanse, entre otros: el art. 9 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana; el art. 313 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, “Código del Derecho Foral de Aragón”, Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; el art. 6 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares, de Parejas Estables; o el art. 234-10 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, sobre persona y familia.

en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo segundo del Código civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores”, pues “el deber de los padres de alimentarlos no lo evita las relaciones más o menos deterioradas o en situación de ruptura que puedan mantener los mismos”⁶⁶.

El fallo tiene en cuenta el criterio de la Fiscalía General del Estado, interpretando el precepto citado, que también había determinado en el supuesto anterior que “los derechos de los hijos a la prestación alimenticia subsisten después de la mayoría de edad, si permanece situación de necesidad no imputable al alimentad”⁶⁷.

3. Los alimentos de los hijos mayores de edad con alguna discapacidad.

Atendiendo los mandatos expresados en el art. 39.3 CE, así como en los arts. 93 y 142 CC, es claro que los progenitores tienen la obligación de prestar alimentos a sus hijos menores de edad en todo caso, deber que se extiende también a los hijos mayores que adolezcan de alguna discapacidad que les impida valerse por sí solos.

Además, es obligado acudir a la a Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo art. 28.I se viene a reconocer expresamente, el derecho de las personas con discapacidad a llevar un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, incluyendo la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida⁶⁸:

Pese a lo anterior, no puede ocultarse el vacío legal existente en España respecto de la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad discapacitados, siendo inexplicable que la reciente 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, pese a su extraordinario alcance, no haya cubierto la omisión legal. Además, se advierte con acierto que, “conforme a la nueva normativa, se elimina la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y por tanto desaparece la guarda y custodia de hijos mayores, ninguna referencia se hace

66 STS 1241/2000, de 30 de diciembre, FD 1º (ECLI:ES:TS:2000:9772), citando la STS 24 abril 2000.

67 Consulta 1/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado sobre la interpretación del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil (BOE, Doctrina FGE, ref.: FIS-Q-1992-00001, pp. 1-4).

68 Ratificada por España por Instrumento de 3 de diciembre de 2007, vigente desde el 3 de mayo de 2008, cuyo art. 1 dispone: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

al respecto a ello en relación a los hijos mayores con discapacidad en los arts. 92 o 93 CC⁶⁹, lo que agrava la situación previa a tal reforma.

Aunque, es verdad que siete años antes de dicha reforma, cumpliendo la función que le otorga el art. 1.6 CC, la jurisprudencia ha colmado aquella laguna, y tomando como punto de partida la citada Convención de Nueva York, ha declarado como doctrina legal que: “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”⁷⁰, siendo muy provechosos los razonamientos desplegados en tal resolución⁷¹.

Además, la jurisprudencia se muestra contraria a aplicar al derecho de alimentos a los hijos mayores discapacitados el régimen de alimentos previsto en los arts. 142 y siguientes del Código civil, pues se trata de un deber de alimentos de los padres a sus hijos mayores, todo ello en base a la doctrina legal apuntada⁷².

Por tanto, no se equipara de un modo absoluto a los hijos mayores discapacitados con los menores puesto que se viene exigiendo a estos, idénticos requisitos que el Código civil exige para para el mantenimiento de los alimentos a los hijos mayores y emancipados⁷³, esto es, “que convivan en el domicilio familiar y que carezcan de recursos propios, en caso contrario la pensión alimenticia podría considerarse extinguida, lo cual no ocurriría en los casos de los hijos menores de

69 PÉREZ DÍAZ, R.: “La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 34, julio 2022, p. 339.

70 STS 372/2014, de 7 de julio, FD 2° (ECLI:ES:TS:2014:2622): “Es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo, lo que no es en este caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad”.

71 PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: “Hijo discapacitado mayor de edad: pensión alimenticia (Comentario a la STS de 7 de julio de 2014)”, *Revista CEFlegal*, núm. 167 (diciembre 2014), p. 63.

72 STS 430/2015, de 17 de julio, FD 2° (ECLI:ES:TS:2015:3441): “no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”.

73 ECHEVARRÍA DE RRADA, Mª. T.: “Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales situación actual”, *RCDI*, 2016, p. 2499.

edad cuya suspensión solo procede en determinados supuestos y con carácter temporal y excepcional”⁷⁴.

Actualmente, “para obtener la pensión de alimentos los hijos mayores con discapacidad, al igual que los hijos mayores sin discapacidad, tienen que cumplirse dos requisitos convivir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios”⁷⁵, siendo “alimentos condicionados a que existan, de forma simultánea, ambas premisas”⁷⁶. Y aunque no se establece previamente límite alguno de edad para la extinción de la pensión de alimentos de un hijo mayor de edad con discapacidad⁷⁷, la discapacidad no garantiza la pensión en todos los casos pues si “no le impedía trabajar y, de hecho, lo hacía, siendo, además, determinante que el padre alimentante estuviese afectado por una incapacidad absoluta para toda actividad”, se declaró la extinción de la pensión alimenticia⁷⁸.

IV. ACCIPIENS DE LA PENSIÓN DEL HIJO MAYOR DE EDAD.

I. Situación consolidada: la precepción por el progenitor custodio.

En la actualidad, la pensión de alimentos establecida en favor de los hijos en la sentencia de separación o divorcio, mientras son menores, la recibe el cónyuge custodio, el *accipiens* en esta obligación, aunque no sea el titular del derecho, extremo colmado de toda lógica y razón. Alcanzada la mayoría de edad, y no habiendo abandonado el domicilio familiar, el hijo tampoco suele ser el receptor directo del importe de la pensión alimenticia fijada para él en exclusiva, sino que la seguirá recibiendo el mismo progenitor que tenga asignada la custodia, con el deber de seguir destinándola en su integridad a los alimentos del hijo, ya mayor⁷⁹.

74 MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: “Principales controversias...”, p. 190.

75 PÉREZ DÍAZ, R.: “La pensión de alimentos”, cit., p. 339.

76 CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93.2 Código Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2022, p. 5.

77 STS 558/2016, de 21 septiembre, FD 3º (ECLI: ES:TS:2016: 4101): “la ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos”.

78 STS 666/2017, de 13 diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2017:437): “lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesan en un determinado momento para integrarles, si es posible, «en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», como precisa la sentencia 372/2014 de 7 de julio, lo que no ocurre en este caso”.

79 Aunque no especifica el Código civil quién debe recibir la pensión destinada a los alimentos del hijo tras llegar a la mayoría de edad, se viene siguiendo el criterio que se establece para los menores, básicamente, en los arts. 90.I.c) y 93.I, según los cuales la recibirá el progenitor que conviva con los hijos menores. El polémico art. 93.II tan solo indica que el juez “fijará los alimentos que sean debidos” cuando tales hijos mayores convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, lo que hace deducir, y así se aplica, que seguirán el mismo régimen del pago al progenitor custodio.

La cuestión planteada sobre qué sujeto debe recibir directamente el importe de la pensión alimenticia para un hijo mayor de edad puede variar según la situación, pero se pueden sintetizar algunos puntos relevantes:

1. El supuesto general es que la percibe el progenitor custodio: la pensión alimenticia se paga al progenitor que tiene la custodia del hijo. Este progenitor actúa como administrador de la pensión, asegurándose de que los recursos se utilicen para cubrir las necesidades del hijo, como alimentación, vivienda y educación.

2. Percepción directa por el hijo mayor de edad: cuando el hijo mayor de edad tiene la capacidad de gestionar sus propios recursos, en algunos casos se puede acordar que la pensión se pague directamente a él, lo que es muy infrecuente. Sin embargo, esto suele depender de la situación económica del hijo y de si sigue dependiendo de sus padres.

3. Acuerdos y modificaciones: son posibles y recomendables, aunque infrecuentes, acuerdos de modificación de convenio regulador o de medidas acordadas tras la ruptura conyugal sobre el modo de pago y quién ha de recibir el importe de la pensión que habrán de formalizarse, para su eficacia jurídica, mediante escritura pública o decreto del letrado de la Administración de Justicia, al no existir menores de edad, sin que sea necesaria la intervención del juez siempre que no exista controversia.

4. Obligación de los progenitores: la obligación de pagar la pensión alimenticia persiste al margen de la edad del hijo, siempre que este siga necesitando apoyo económico, si bien será requisito inexcusable, además, la convivencia en el domicilio familiar; de lo que se deduce inequívocamente, la falta de independencia económica.

5. Como ya es sabido, la pensión alimenticia suele ser pagada al progenitor custodio en la inmensa mayoría de los casos en España, sin embargo, en algunos supuestos en que las circunstancias así lo aconsejen, se debería admitir que la cantidad que comporta sea entregada directamente al hijo mayor, lo que requiere un pronunciamiento judicial cuando el progenitor conviviente y *accipiens* se oponga a que sea su hijo mayor de edad quien la reciba de manera directa del otro progenitor obligado al pago.

Resumiendo, y como regla general, no es jurídicamente posible pagar la pensión de alimentos directamente al hijo mayor de edad por decisión unilateral del progenitor obligado al pago. La normativa y jurisprudencia establecen que mientras el hijo mayor de edad conviva con el progenitor custodio y mantenga una situación de dependencia económica, la administración de la pensión corresponde a dicho progenitor.

El pago directo al hijo mayor de edad solo sería válido en situaciones específicas, cuando: a) haya acuerdo explícito por escrito entre ambos progenitores; b) se modificó judicialmente el régimen de pago; c) el hijo ya no conviva con el progenitor custodio.

De hecho, realizar pagos directos sin cumplir estas condiciones podría considerarse un incumplimiento de la sentencia o convenio regulador, lo que podría derivar en un procedimiento de ejecución iniciado por el progenitor custodio con las consecuencias que a continuación se indican.

2. La implícita prórroga automática tras la mayoría de edad.

Durante la minoría de edad, tras la ruptura de sus padres, será el progenitor con quien convive es quien reciba y administre la pensión del otro obligado a satisfacerla. Llegada la mayoría de edad, en la práctica diaria, la situación no varía pues se prorroga automáticamente, siempre que tal hijo carezca de ingresos propios, continúe la convivencia en iguales términos y no sea independiente económicamente.

En tal sentido, la jurisprudencia subraya la importancia del rol del progenitor custodio en la gestión de la pensión alimenticia, también en estos casos en que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad. El progenitor que ejerce la custodia es considerado el responsable de gestionar los recursos para el bienestar del hijo, y en virtud de ello, se afirma que “cuando se trata de alimentos a favor de hijos mayores de edad, el progenitor que con ellos conviva, y precisamente en función de dicha convivencia (art. 93.2 CC), podrá reclamar, en los procedimientos matrimoniales, alimentos al otro progenitor”⁸⁰.

Pero el cónyuge custodio perderá tal legitimación para percibir la pensión alimenticia del hijo mayor al amparo del precepto citado una vez que cesen los elementos fácticos referidos a su subsistencia, pues desde que desaparecen tales condicionantes, los únicos legitimados para reclamar alimentos a su progenitor serán, directamente, los propios hijos del obligado, al ser mayores de edad con plenos efectos⁸¹.

80 La STS 412/2022, de 23 de mayo, reitera la legitimación activa del progenitor custodio para reclamar la pensión para los hijos mayores de edad al progenitor no custodio, que ya fue proclamada en la sentencia pionera 411/2000, de 24 de abril, tantas veces citada en estas páginas, seguida por las SSTs 432/2014, de 12 julio, 156/2017, de 7 de marzo y 223/2019, de 10 de abril.

81 STS 1.072/2023, de 3 de julio, FD 3º (ECLI:ES:TS:2023:3162), reproduciendo la STS 147/2019, de 12 de marzo, afirma: “Sin embargo, en el caso sometido a la decisión de la sala, y desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida, lo que consta es que el hijo Raúl goza de ingresos propios y dejó de convivir con su madre; por lo que la cuestión no gira alrededor de las necesidades alimenticias de Raúl, tema que queda extramuros de este procedimiento, sino en si la recurrente dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del arts. 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia. Desde que el hijo Raúl dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad”.

Más concretamente, sobre quién ha de ser el *accipiens*, esto es, el sujeto que recibirá de manera directa el importe económico del progenitor obligado, se sigue el criterio establecido por el Tribunal Supremo que hemos venido avanzando: corresponderá al cónyuge -progenitor- custodio recibir y administrar él mismo la pensión alimenticia que recibe del otro en favor del hijo mayor de edad con quien convive⁸².

Y con mayor detalle así lo viene ratificando la jurisprudencia menor, que establece esta prórroga automática⁸³: “si la pensión alimenticia se hubiera concedido en sentencia a un hijo menor de edad” al amparo del art. 93.2 CC⁸⁴ “se prorrogan sus efectos una vez alcance aquél la mayoría de edad siempre que igualmente carezca de independencia económica, viva en compañía de su padre/madre y no haya revocado expresamente la autorización para reclamarlos, y se sobreentiende que el común descendiente, sigue facultando, sin solución de continuidad, al progenitor con el que convive para el ejercicio de su derecho y la administración de las sumas que reciba del otro alimentante”⁸⁵.

Esta doctrina jurisprudencial, consolidada desde fallos algo más añejos, se ve reforzada con la circunstancia de haberse determinado, en la resolución que fijó el pago de la pensión alimenticia, de manera expresa que habría de ser el progenitor no custodio quien recibiera el importe mensual de manera efectiva en su cuenta corriente concreta de una entidad bancaria, si bien para sufragar los alimentos del hijo⁸⁶.

82 STS 411/2000, de 24 de abril, FD 2º *in fine* (ECLI:ES:TS:2000:3422).

83 Propiciada por la defectuosa redacción del párrafo II del art. 93 CC, añadido mediante por Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, con el siguiente texto (que sigue vigente): “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

84 Auto AP Barcelona (sec. 18º) 13 julio 2001 (ECLI:ES:APB:2001:I223A), FJ 2º: “En definitiva, y puesto por todo lo expuesto el motivo que se examina debe ser estimado”, motivo del recurso en el que se alegaba que las cantidades satisfechas por el ejecutado directamente a la hija común no podían tener efectos solutorios, ni, por tanto, descontarse del total adeudado como hizo la resolución impugnada”.

85 Auto AP Barcelona (sec. 12º) 252/2019, de 17 de junio (ECLI:ES:APB:2019:3963A), cuyo FJ 1º afirma: “La obligación paterna conforme a la sentencia que, como hemos dicho se dictó además en un proceso de mutuo acuerdo, era la de ingresarla dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente designada por la madre y no en la cuenta de la hija ni a esta última en mano. La fase de ejecución de una sentencia viene condicionada por los pronunciamientos del fallo de esta, que deben ser cumplidos en sus propios términos, tal como establece el art. 18 de la LOPJ. En consecuencia, no estaba en poder del progenitor el modificar la forma de pago, debiendo ingresar la pensión completa a la madre y ser esta la que atendiera los gastos de la hija; todo lo que le entregara directamente a ella, como bien indica la parte apelante, no puede ser definido sino como un regalo o un acto de liberalidad hacia su hija y no puede ser descontado de las cantidades adeudadas por pensión de alimentos”.

86 SAP Madrid (sec. 22º) 3 junio 1999, FD 4º (ECLI:ES:APM:1999:7728): “Podemos concluir diciendo que en los procedimientos matrimoniales los hijos carecen de legitimación activa o pasiva para reclamar alimentos. A la suma y si al tiempo de entablarse la demanda de separación ya fueran mayores de edad y carecieran de independencia económica y vivieran en el domicilio de los padres deberían autorizar al progenitor en cuya compañía vivieran para reclamarlos (...). Y si, vigente esta situación, el progenitor obligado al pago reclama su minoración o extinción, queda perpetuada la legítima relación jurídica procesal entablada en su día por lo que en este último caso tampoco sería necesario ningún tipo de intervención en los autos del hijo para examinar la continuidad o no de la pensión alimenticia a su favor”.

No hay que desconocer que, más recientemente, el Tribunal Supremo incluso a llegado a cuestionar que, en los procesos matrimoniales, los hijos mayores de edad puedan recibir ellos directamente en sus cuentas corrientes bancarias, el importe mensual de la pensión a cargo del progenitor obligado al pago, justificándolo en que la función de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor conviviente y, por tanto, también la recepción de la pensión⁸⁷.

3. Las claudicantes e injustas consecuencias del pago directo al hijo sin la cobertura de un previo acuerdo o una resolución judicial expresa.

De manera taxativa, e interpretando el art. 93.II CC, se viene afirmando que “tratándose de procesos matrimoniales, destinatario mediató y sujeto del pago lo es el progenitor con el que conviven tales hijos mayores de edad, cuya legitimación deriva del hecho de ser parte de dicho proceso y por cuanto la aplicación de aquél precepto en su actual redacción es perfectamente pacífica y procedente a todos aquellos menores que sin independencia económica devienen mayores con posterioridad a la sentencia que les reconoció una pensión de alimentos, por lo que si bien siguen siendo destinatarios finales de la pensión, lo serán hasta que se consume su independencia”⁸⁸.

Por ello, el crudo efecto jurídico que ordena la jurisprudencia viene a ser que: “los pagos efectuados directamente al hijo no pueden reputarse en principio como realizados en cumplimiento de la obligación alimenticia -art. 142 CC-”. Y se añade que: “destinatario mediató y sujeto del pago lo es el progenitor custodio o con el que conviva el hijo si deviene mayor de edad, cuya legitimación deriva de ser parte en el proceso matrimonial que determinó el establecimiento de la pensión, por lo que aun siendo el hijo destinatario de la pensión, hasta que no se consume su independencia, será aquél el que reciba el importe correspondiente. En definitiva, debe denegarse eficacia solutoria a los pagos realizados directamente al hijo”⁸⁹.

87 STS 156/2017, de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:857), FJ 2º-6 *in fine*: “A ello se une, y es relevante y definitivo, que lo pretendido por la recurrente es que se fijen alimentos a favor de los hijos mayores a ingresar por cada progenitor en las respectivas cuentas corrientes de ellos. Lo anterior no se compadece con una situación de convivencia familiar monoparental en la que la función de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor conviviente que sufraga alimentos. Sería tal circunstancia la que ampararía que se fijase en el proceso matrimonial alimentos a favor de los hijos mayores de edad”. Cita la jurisprudencia asentada por la STS 411/2000, de 24 de abril, que ratifica.

88 A partir del día 7 de noviembre de 1990 (BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990).

89 El FJ 3º del Auto AP Barcelona (sec. 18ª) 13 julio 2001 (ECLI:ES:APB:2001:1223A) razona: “cuyo contenido y forma de cumplimiento para cada caso concreto fina la respectiva sentencia que establece los efectos de la separación o del divorcio, o la sentencia de modificación de aquellas en su caso, y se concreta en la cuantía de la pensión de alimentos pagadera en principio a la persona del progenitor custodio en los plazos y forma que judicialmente se determine, de suerte que por lo general este tipo de obligación solo se cumple -con los requisitos del art. 1162 en relación con los arts. 1170 y 1171 CC- abonando dicha pensión, relegándose los pagos directos a terceros o a los hijos al supuesto de que la autoridad judicial lo haya establecido expresamente, en ningún otro caso los pagos directos pueden considerarse pagos totales o parciales, ni ser compensados en función del art. 151 CC; solamente compensados en el trámite de ejecución los pagos parciales que reúnan los demás o de periodicidad y destinatario”.

En los casos de establecimiento de la custodia compartida en las que no hay acuerdo, en particular, en materia de abono de pensión de alimentos, si bien, obviamente, solo puede decretarse respecto de los hijos menores⁹⁰, el régimen alimenticio suele prorrogarse hasta que estos alcancen la independencia y suficiencia económica. Por ello, también quedan afectados los hijos mayores de edad respecto de la prórroga automática que suele seguir a dicha fecha acerca de la pensión de alimentos que venía disfrutando desde que todavía eran menores, ordenándose en algún caso abrir una cuenta corriente común de la hija y la madre ordenándose que ambos progenitores hagan los ingresos en ella⁹¹.

La jurisprudencia menor, en línea con lo que se acaba de indicar, ha dispuesto otras soluciones, también imaginativas para la administración de los alimentos como la apertura de una cuenta bancaria conjunta, pero en este caso entre ambos progenitores, donde la disposición ha de ser mancomunada y en la que uno y otros deben ingresar el importe de la pensión económica alimenticia que se haya decretado⁹².

4. La cuestionada ineficacia de los pagos directos al hijo mayor de edad.

Pese a la rotundidad de los postulados de los tribunales indicados en el apartado anterior, la fluctuante jurisprudencia menor acerca del sujeto que ha de ser el *accipiens* de la pensión de alimentos también ha venido considerando válidos y liberatorios, en ocasiones, ciertos pagos hechos directamente a los hijos mayores de edad por parte del progenitor no custodio, por ejemplo cuando aquellos

90 STS 407/2025, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1183), y STC 28/2024, de 27 de febrero, del Pleno (BOE núm. 82, de 3 de abril de 2024), entre otras muchas.

91 SAP Álava (sec. 1ª) 273/2017, de 2 de junio, FJ 2º (ECLI:ES:APVI:2017:437): “Para los gastos ordinarios que no se cubran de esa forma los padres deberán aportar una cantidad de dinero en una cuenta común que deberá abrirse al efecto. La encargada de abrir la cuenta será la madre y deberá comunicar el número al padre”.

92 SAP Navarra (sec. 3ª) 416/2025, de 19 de marzo, apartado 4 del fallo (ECLI:ES:APNA:2025:319): “En cuanto a la contribución a los alimentos, cada uno de los progenitores soportará los gastos vinculados a la tenencia física del menor cuando esté en su compañía, tales como nutrición, aseo, ropa y calzado. El resto de los gastos generales ordinarios y cotidianos que no dependen de la convivencia, se abonarán por ambos. Para ello, abrirán una cuenta corriente común, que administrarán mancomunadamente visto la naturaleza de los gastos que van a cubrirse a través de la misma, donde se domiciliarán los gastos escolares que giren los centros, ya sea de matrícula, cuotas escolares, aportaciones que se exijan, excursiones o actividades que organice el centro en el periodo escolar, fotocopias, material escolar que se devengue, libros de texto que se devenguen al inicio y de lectura que exija el centro, uniforme en su caso, así como los gastos de comedor si se quedara en el mismo, piscina donde acudan y los demás gastos periódicos que no dependen de la convivencia. En dicha cuenta cada progenitor ingresará mensualmente la cantidad de 80 euros”. Su FD 2º advierte: “se aplicarán sólo cuando no haya acuerdo entre las partes, lo que permitirá a éstas buscar el máximo beneficio para su hijo”.

declaran expresamente que la han recibido (si bien también se han sostenido criterios opuestos como se ha visto).

En particular, se ha admitido la validez de los pagos directos a los hijos incluso cuando se había establecido expresamente en la resolución que los impondría que serían realizados mediante ingresos o transferencias en la cuenta bancaria designada por la progenitora custodia. Se afirma que “en cuanto al argumento relativo a que en la sentencia se indicaba que los pagos se realizarían dentro de los cinco días de cada mes y en la cuenta que la madre designase, cabe señalar que la falta de cumplimiento de este requisito en absoluto significa que la deuda no se pague, y por lo tanto, nunca puede justificar la continuación de la ejecución dineraria promovida por estos conceptos” por la progenitora custodia, pues los pagos habían sido acreditados en la sentencia, tanto mediante la prueba testifical -de las propias alimentistas titulares del derecho- como según la doctrina de los actos propios -de la demandante en ejecución-⁹³.

En la misma línea: “las cantidades que el demandado haya podido entregar a los hijos no son más que meras liberalidades que no pueden servir para obviar el contenido del art. 18.2 LOPJ. La obligación debe cumplirse en los términos establecidos en la sentencia y en esta se acuerda que el esposo abonará las pensiones de alimentos en una cuenta a nombre de la esposa. El pago a los hijos no puede tener efectos liberatorios del pago o cumplimiento de la obligación que debe reunir los requisitos de identidad e integridad de la prestación”, rechazándose además la compensación pues en materia alimenticia no opera esta figura⁹⁴.

Pero, justo en sentido contrario, también se ha afirmado que: “no constituye un modo de satisfacer la pensión los pagos realizados directamente al hijo, pues lo que se está ejecutando es una sentencia de separación en la que se aprueba un convenio regulador, y el acuerdo alcanzado entre padre e hijo para entregarle aquél la pensión directamente no es oponible en la presente ejecución por cuanto los titulares de la relación procesal son el padre y la madre, y por lo tanto, es ajena

93 Auto AP La Rioja (sec. 1ª) 30/2012, de 22 de marzo (ECLI:ES:APLO:2012:111A); En primer lugar, “es un hecho cierto e insoslayable que las dos hijas refirieron que su padre les entregaba a ellas el dinero correspondiente a la pensión de alimentos “en mano”, y que luego ellas lo entregaban a su vez a su madre. No hay probado ni un solo indicio que permita albergar dudas sobre la sinceridad de estas testigos, hijas del ejecutado, pero también hijas de la ejecutante”. Y concluye “pero es que, en segundo lugar, la propia apelante reconoce que en siete mensualidades aceptó la entrega de la pensión alimenticia de esta forma (“en mano”), luego es claro que esta forma de pago fue aceptada por la hoy ejecutante como una forma válida de recibir el dinero correspondiente a alimentos, sin que pueda ir ahora contra sus propios actos”.

94 Auto AP Barcelona (sec. 18ª), 157/2012, de 10 de julio (ECLI:ES:APB:2012:5532A), FD 9º, párrafo segundo. Y respecto de la compensación, el FD 2º se pronuncia en estos términos: “lo que no puede estimarse es la compensación y devolución de las mensualidades abonadas a la madre en concepto de alimentos en cumplimiento de la sentencia. Como se ha dicho con anterioridad en materia de alimentos no cabe la compensación. Al margen de todo ello, tampoco procedería oponer en el procedimiento de ejecución de sentencias la compensación, como se verá, pues no se encuentra recogida entre las causas de oposición que la LEC contempla como posibles en la ejecución de títulos judiciales”.

a ellos un acuerdo no alcanzado entre las mismas partes por lo que se estima la cantidad reclamada en concepto de actualizaciones de la pensión alimenticia”⁹⁵.

La controversia jurisprudencial entre las Audiencias Provinciales bien merecería la unificación de criterios, aunque, dado el punto de partida del Tribunal Supremo, que se viene manteniendo en la actualidad, mucho nos tememos que vendría a consolidar el criterio contrario al que aquí se defiende, por lo que carecerían de eficacia liberatoria.

5. Admisión solo excepcional del pago directo al hijo mayor.

Al hilo de lo anterior, constatada la validez, en ocasiones, de los abonos realizados en calidad de alimentos por parte el progenitor no custodio al hijo mayor de edad. También es sabido que habrá de ser caso por caso, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, las que aconsejen, a falta de acuerdo, y bajo la petición de alguno de los implicados, que se entregue de manera directa el importe de la pensión al hijo mayor no independizado. Pero, como se viene contemplando, se trata de excepciones a la regla general impuesta por la práctica forense y apoyada jurisprudencialmente.

Pero no sería justo dejar de aportar ciertas resoluciones, alguna muy reciente, donde se determina, asume y da validez, con suma claridad al hecho de que esta pensión sea entregada directamente por el padre no custodio a la hija que convive con su madre, si bien -no ha de ocultarse- concurriendo en el caso ciertas situaciones de constante conflictividad judicialmente constatada, no con uno, sino con ambos progenitores. En el caso enjuiciado fue el padre quien solicitó en los trámites del recurso de apelación, y la Audiencia de Navarra así lo acordó: “la asignación directa de la prestación alimenticia a la hija mayor de edad y no a través de la madre-demandada”⁹⁶, si bien aplicando la previsión normativa contenida expresamente en su Derecho foral⁹⁷.

Como viene ocurriendo en ciertas materias de Derecho civil, muchas veces son las Comunidades Autónomas las que en el ámbito de sus competencias -y a veces

95 Auto AP Málaga (sec. 6ª) 237/2020, de 30 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2020:788ª), FD 1º *in fine*.

96 SAP Navarra (sec. 3ª) 339/2025, de 5 de marzo, en cuyo extenso FD 1º se determina sobre esta cuestión (ECLI:ES:APNA:2025:278): “Sí se va a acceder, como medida de prudencia (tomando igualmente en consideración la pena de prohibición de aproximación y comunicación impuesta en la sentencia penal), a la solicitud planteada por el demandante en su recurso de apelación, relativa a la asignación directa de la prestación alimenticia a la hija mayor de edad y no a través de la madre-demandada”. El fallo contiene, entre otros, este pronunciamiento literal: “revocándose parcialmente la citada resolución, en el sentido de acordar la asignación o abono de la pensión alimenticia, por parte del padre-demandante D. Gerardo, directamente a la hija mayor de edad Emma (no a través de la madre demandada)”.

97 Efectivamente, el anterior fallo judicial cita en apoyo de tal decisión la ley 104 a) del Fuero Nuevo de Navarra donde se establece que “cuando así se solicite, el juez podrá establecer que la cantidad que cada progenitor deba satisfacer para el sostenimiento de los hijos mayores de edad sea asignada directamente a ellos”, lo que no es incompatible con el texto del art. 93 CC, sino -entendemos- fructíferamente complementario, al que se aludirá nuevamente al final de este trabajo.

incluso más allá de ellas, violando el art. 149.1.6ª CE- se adelantan y sustituyen a las Cortes Generales o al Gobierno de la Nación (que no lo hace por pura desidia en unos casos, o para no contrariar a gobiernos nacionalistas que le prestan apoyo político, en otros), legislando para solo una parte del territorio nacional ciertas instituciones jurídicas, en este caso familiares, que precisan de una actualización normativa que sería deseable fuera uniforme pues nada justifica lo contrario.

En algún otro caso, también la jurisprudencia menor, cuando la convivencia del hijo mayor de edad no ha sido absoluta, sino que podría decirse intermitente, pues como se afirma “lleva una vida parcialmente independiente, residiendo casi todo el año fuera del domicilio materno”, también se ha confirmado el criterio de que “sea el propio hijo mayor de edad quien perciba directamente la pensión”⁹⁸.

V. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN UN GIRO NORMATIVO.

I. Perturbaciones del sistema vigente.

Ha de partirse del hecho indiscutible de que la excesiva tardanza en la emancipación económica de los hijos mayores de edad viene siendo una realidad creciente propia de nuestros tiempos, sobre todo en España, lo que, infelizmente, genera numerosos abusos por parte de los sujetos que participan en la relación alimenticia.

La jurisprudencia ha intentado atajar algunos de ellos, sobre todo los más frecuentes, como aquellos en los que se ha calificado de “parasitismo social” el contexto que se deriva del intento de algunos hijos mayores de edad de continuar gozando de la pensión alimenticia *sine die* cuando se acredita que no hacen todo lo posible por trabajar y obtener ingresos propios, o la independencia económica, ello, claro está, cuando sus progenitores, o al menos el alimentante obligado, se opone a prolongar tal situación⁹⁹.

98 SAP Badajoz (sec. 3ª) 370/2003, de 11 de septiembre, FD 1º (ECLI:ES:APBA:2003:1193): “Esto es, si el destinatario mediato y sujeto del pago lo es el progenitor custodio o con el que conviva el hijo si deviene mayor de edad, si dicha convivencia ya no se mantiene, podrá acordarse que no sea aquél el que reciba el importe correspondiente, sino directamente el hijo, tal como se desprende, a sensu contrario, entre otras, de la SAP Barcelona (sec. 18ª) 13 julio 2001, y asimismo, la SAP Huesca 15 enero 1996, cuando indica que resulta coherente el que se disponga “...que el dinero sea entregado directamente al hijo ya mayor de edad pues sí, como dijimos en la sentencia de 22 abril 1994, nada impide que los alimentos del hijo mayor de edad no independizado sean recibidos por el progenitor con el que aquel convive, lo cierto es que en el presente caso parece oportuno mantener la determinación tomada por el Juzgado para que sea el propio hijo mayor de edad quien perciba directamente la pensión pues lleva una vida parcialmente independiente, residiendo casi todo el año fuera del domicilio materno...””.

99 La conocida STS 1 marzo 2001 (ECLI:ES:TS:2001:1584), que tuvo una gran repercusión en los medios de comunicación, luego reproducida en numerosas resoluciones ulteriores, justifica la denegación de la pensión que le reclamaron al padre sus dos hijas licenciadas universitarias y mayores de treinta años, porque (FD 1º): “la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 CE de protección a la familia”, y en el caso enjuiciado: “dos personas, graduadas universitarias (una en derecho y la otra en farmacia), con plena capacidad física y mental y que superan los 30 años de edad -tenían 26 y 29 cuando demandaron al padre-, no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir

En algún caso paradigmático el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de una hija que, pudiendo trabajar, pretendía vivir de manera independiente y a la vez cobrar una pensión alimenticia de sus padres, afirmando con acierto que: “lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza”¹⁰⁰.

En otros, la prolongación de la pensión al hijo mayor de edad choca con las posibilidades económicas del padre. En este supuesto, los alimentos únicamente podrían hacerse efectivos aplicando las normas contenidas en los arts. 142 y siguientes del Código civil, siempre teniendo en cuenta que, conforme al art. 152.2 CC, esta obligación cesa: “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”, que es lo que ocurre en este caso respecto al padre¹⁰¹.

Sentado lo anterior, y como consecuencia de tal extensión temporal de pensión de alimentos, resulta que vigente sistema que obliga al *solvens* -progenitor no custodio- a entregar directamente al cónyuge o progenitor custodio el importe económico (por lo general mediante transferencia bancaria) de la misma, y no al propio hijo ya mayor, puede provocar situaciones a veces escandalosas e indeseables.

El sistema vigente que aquí se cuestiona produce, además, otras distorsiones y perjuicios en diferentes ámbitos que afectan principalmente al hijo mayor de edad, titular del derecho alimenticio, pero también al progenitor que abona la pensión habida cuenta de que no siendo buenas las relaciones con el excónyuge puede ver con cierta reticencia que sea quien administre el dinero que paga y dude del cabal destino del mismo. También la Administración de Justicia se ve dañada por la excesiva litigiosidad que el régimen genera al tener que acudir sistemáticamente a ella y mover toda la maquinaria judicial para solventar problemas que deberían

de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un “parasitismo social”.

100 STS 151/2000, de 23 de febrero, FD 1º (ECLI:ES:TS:2000:1394): “la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno -no consta que fuera expulsada conminatoriamente del mismo- uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, dicha parte recurrente en casación no puede ni debe olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral”.

101 STS 661/2015, de 2 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925); “En este caso no estamos ante los alimentos de un hijo menor de edad, en el que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial, sino ante los alimentos que se prestan a un hijo mayor de edad. Un hijo de veintidós años, cuyo mínimo vital se enfrenta al de su padre prácticamente insolvente (ingresa menos de 400 euros al mes, frente a los 1.100 euros mes que recibía en el momento del divorcio), que no puede prestarlos”.

ser ajenos a ella (la disposición por el mayor de edad de sus propios derechos o su renuncia a la pensión que obligatoriamente queda judicializada a falta de consentimiento del otro progenitor *accipiens*).

Algunos de los anteriores desajustes, no todos (pues no se aludirá a la inseguridad jurídica que provoca la falta de unidad de criterio en las Audiencias Provinciales, o más simplemente, el coste social de dilatar una injusticia manifiestamente evitable), se exponen, sucintamente, en los apartados siguientes.

2. Cobro indebido -para sí- de la pensión por el progenitor custodio.

A veces, y la práctica acredita que no se trata de algo excepcional, el *accipiens* no hace -como debiera- llegar la pensión al hijo, o no en la cuantía y el tiempo en que la recibe, ya por desavenencias con éste y/o con el otro progenitor, ya porque la considera -erróneamente- un derecho propio, no de su hijo mayor de edad, quedándose para sí en exclusiva su importe, incluso cuando ya no convive con el titular del derecho por haber logrado la independencia económica.

Se advierte esta realidad en supuestos similares al contemplado, por ejemplo, en un muy reciente fallo del Tribunal Supremo que obliga a una madre a “devolver las cantidades percibidas como pago de la pensión alimenticia, por ausencia de convivencia con los hijos mayores de edad económicamente independientes”. En el supuesto enjuiciado se “vincula la obligación de devolver las cantidades percibidas como pago de la pensión alimenticia, entre otros, con los supuestos en los que concurre una situación objetivamente constatable de pérdida sobrevenida de la legitimación del progenitor demandado para percibir una contribución de alimentos por ausencia de convivencia con los hijos mayores de edad económicamente independientes (art. 93.2 CC)”¹⁰².

No se trata de un pronunciamiento único y aislado puesto que, con anterioridad se llegó a un resultado similar en otro caso donde la madre incurrió en un claro supuesto de cobro de lo indebido, por lo que el Alto Tribunal le exigió devolver las cantidades percibidas que recibió del padre por los alimentos del hijo “desde el momento que cesó la convivencia puesto que dejó de estar legitimada para percibir dicha pensión”¹⁰³.

¹⁰² STS 232/2024, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:981) FD 2º-3, *in fine*: “Pues bien, el del caso es uno de esos supuestos, ya que, como declara la sentencia de primera instancia y asume la de apelación, “ha quedado acreditado, ni siquiera se ha discutido, que la hija de los litigantes, en julio de 2013, se hallaba efectivamente incorporada al mercado laboral, aún (sic) con las dificultades propias del momento, optando por una vida independiente y cesando la convivencia en el domicilio de la demandada”. Se sigue de lo anterior, como también dice el recurrente con razón, que, entre agosto de 2013 y julio de 2016, la recurrente percibió la pensión sin justificación ni causa legal, conforme al art. 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia”.

¹⁰³ STS 147/2019, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:869), en la que se: “declaró extinguida una pensión alimenticia y condenó a la madre a devolver las cantidades abonadas por el padre desde el momento en que el hijo alimentista mayor de edad y con ingresos propios había dejado de convivir con aquella”.

En estos casos, y no son los únicos, en nombre de los hijos mayores de edad, se “percibió la pensión sin justificación ni causa legal, conforme al art. 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia”, apreciándose en este supuesto en la madre, “querer mantener una legitimación para percibir la pensión de alimentos de los hijos, que había perdido”¹⁰⁴.

Bien es verdad que en otros pronunciamientos en los que el progenitor custodio siguió cobrando la pensión del hijo mayor de edad durante cierto tiempo, la jurisprudencia ha optado por declarar extinguida la pensión, pero sin efectos retroactivos, esto es, sin la obligación de devolver lo ya cobrado por dicho progenitor, que viene a justificar en la -supuesta- convivencia, no discutida, del hijo: “de ahí, que las sentencias que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios por seguir conviviendo con su progenitor”¹⁰⁵.

Se reafirma lo anterior; también, con base en una añeja doctrina jurisprudencial, acuñada hace ya más de un siglo, conforme a la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto con-sumidas en necesidades perentorias de la vida”¹⁰⁶.

3. Coincidencia del sujeto legitimado con el accipiens de la pensión.

Como agudamente se ha puesto de relieve, el sistema vigente hace coincidir, en vía contenciosa, al sujeto legitimado con quien ha de cobrar directamente el

104 STS 223/2019, de 10 de abril, FD 2° (ECLI:ES:TS:2019:1252), FD 2° 4: “La demandada dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del art. 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia. Desde que desaparecieron tales condicionantes, los únicos legitimados para reclamar alimentos a su progenitor eran los hijos, por ser mayores de edad”.

105 STS 1196/2023, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3520), FD 4°: “El hecho de que posteriormente se haya visto mejorado el nivel de los ingresos del hijo justifica que se acuerde la extinción de la pensión, pero no que se retrotraiga la extinción al momento en el que se obtuvieron los primeros ingresos por un trabajo que el hijo compatibilizaba con los estudios y con cuyos ingresos satisfacía sus necesidades y contribuía a los gastos de la familia de los que también se beneficiaba, dada la situación de convivencia” (cita las SSTs 661/2015, de 2 de diciembre, y 483/2017, de 20 de julio). Y añade: “No se trata de un supuesto de abuso o fraude por ausencia de convivencia con los hijos mayores de edad económicamente independientes (art. 93.II CC), o de un caso en el que se esté utilizando el montante económico percibido por la madre perceptora de la prestación en su propio provecho y que justificaría que se le condenase a devolver unos alimentos por no haber sido consumidos por el hijo común de los litigantes”.

106 STS 1072/2023, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3162), FD 3°: “En el mismo sentido, en la sentencia 412/2022, de 23 de mayo, señalamos: “No procede la devolución de los alimentos consumidos, aunque la obligación de prestarlos fuera reducida o extinguida. Dicha regla es manifestación de una reiterada doctrina de este tribunal que se remonta a la antigua sentencia de 18 abril 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 junio de 1885 y 26 octubre 1897, citadas en las sentencias de 202/2015, de 24 de abril y 573/2016, de 29 de septiembre, conforme a la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por su-puesto consumidas en necesidades perentorias de la vida” (STS 483/2017, de 20 de julio y 630/2018 de 13 de noviembre). Su fundamento se encuentra en el carácter consumible de los mismos (sentencias 600/2016, de 6 de octubre 2016 y 147/2019, de 12 de marzo)”.’

importe de la pensión del alimentista menor y mayor de edad. Así lo entendió la jurisprudencia al interpretar el art. 93.II CC que fue el punto de partida en que se ha justificado el cobro por el cónyuge custodio. Pero en realidad, se ha producido un exceso porque la tan referida resolución¹⁰⁷ solo declaró que la remisión de los alimentos de los hijos mayores de edad a los artículos 142 y ss. CC, “solo se refiere al contenido, no a la forma de prestarlos, ni a las condiciones procesales para su reclamación”¹⁰⁸.

Al ser el cónyuge custodio quien reclama la pensión para los hijos cuando son menores, dada la plena legitimación legal otorgada, y con toda lógica en ese periodo el receptor de la pensión, resulta que, al alcanzar la mayoría de edad, como se ha visto, se produce una prórroga automática de la situación anterior manteniéndose el mismo *accipiens* que obligaría a un incierto proceso judicial de modificación de medidas para el que el hijo mayor de edad carece de toda legitimación al ser un proceso matrimonial.

Sin embargo, al socaire de tal fallo del Tribunal Supremo, las Audiencias Provinciales se han pronunciado expresamente a favor de que sea el cónyuge progenitor custodio que reciba la pensión del hijo mayor de edad y la administre.

En vía convencional, por el contrario, nada impide hijo mayor al manifestar -e incluso imponer- su preferencia por el cobro por él mismo de la pensión, haciéndose constar así en el convenio regulador ratificado ante letrado de administración de justicia o notario, máxime cuando según el actual art. 82.I.I CC, la aprobación del convenio queda en sus manos pues deberá otorgar su consentimiento a las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el que fuera domicilio familiar¹⁰⁹.

4. Dificultades para organizar y desarrollar su propia autonomía personal.

Otra consecuencia de conceder al progenitor custodio el privilegio del cobro tras la mayoría de edad del titular del derecho, en base -según la jurisprudencia menor- a que el progenitor custodio es quien organiza, administra y dirige la economía familiar, es el efecto pernicioso que implica para el hijo el no poder aprender a administrarse por sí mismo sus recursos alejándole de una experiencia para aprender a vivir por sí solo e incentivando, en cierto modo, una eternización de su dependencia a la vez que un serio obstáculo para su madurez.

¹⁰⁷ STS 411/2000, de 24 de abril, FD 2º *in fine* (ECLI:ES:TS:2000:3422).

¹⁰⁸ BUSTOS MORENO, Y. B.: “El “*Accipiens*” frente al acreedor...”, cit., p. 238.

¹⁰⁹ ACEDO PENCO, Á.: “Crisis matrimoniales ante Notario: Normativa aplicable y ámbito de aplicación”, en: AA.VV.: *Separaciones y divorcios ante Notario* (dir. y coord. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2016, pp. 92-93, donde criticamos tal exceso y el poder de veto otorgado a los hijos.

Tal situación le priva de la posibilidad de organizar su economía, ya sea el tiempo que está en el domicilio familiar, ya sea cuando cursa estudios -universitarios por lo general- en otra ciudad diferente, o incluso en otro país.

Contrasta esta dificultad con la creciente autonomía que se concede a los menores de edad con los más recientes avances legislativos en cualesquiera textos que les afecten habida cuenta de las enormes capacidades y desarrollo personal que hoy conceden las sociedades a los menores. Así, actualmente, se viene dotando a los menores de edad de la máxima capacidad y autonomía para suscribir con eficacia numerosos actos y contratos, además de potenciar su autonomía en todos los ámbitos¹¹⁰, especialmente para ejercer sus derechos fundamentales, así como otros de carácter patrimonial, debiendo interpretarse de manera restrictiva sus limitaciones a la capacidad de obrar¹¹¹, no parece del todo acorde con la realidad presente esta situación de que, tras haber alcanzado ya la mayoría de edad, con plenos efectos constitucionalmente reconocidos, y siendo capaz para todos los actos de la vida civil¹¹², haya de ser una tercera persona, ya sea su madre o padre con quien conviva, u otra cualquiera, la encargada de recibir directamente, dirigir, organizar y administrar en su nombre, y para su beneficio, la pensión económica mensual que abona el otro progenitor obligado por una sentencia del juez, un decreto de letrado de la administración de justicia o una escritura autorizada por notario.

No podemos sino coincidir con la doctrina que mejor ha analizado esta cuestión que con brillantez lo explica con estas palabras: “desde la perspectiva social actual, al exigirse la “convivencia” (para la aplicación del art. 93.2 CC) el mantenimiento de la residencia en el hogar monoparental a partir de ciertas edades, así como la atribución de la pensión alimenticia al progenitor conviviente está propiciando, en algunos casos, otro efecto negativo y no previsto en la mente del legislador, al incluir el segundo párrafo del artículo 93 CC; el alargamiento de la adolescencia y la dificultad que podrían tener los jóvenes para asumir responsabilidades, tras tantos años delegándolas en los padres”¹¹³.

110 La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indica en su Exposición de Motivos (apartado 2, párrafo quinto) que: “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

111 El párrafo segundo del art. 2.1 de la citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, es claro y taxativo, desplegando enormes efectos prácticos: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

112 En su última redacción 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.

113 BUSTOS MORENO, Y. B.: “El “Accipiens” frente al acreedor...”, cit., p. 239.

5. Limitación de la capacidad de obrar del hijo mayor de edad.

A mayor abundamiento, y complementando lo expuesto, no cabe duda de que la privación de la recepción y administración del importe de la pensión de alimentos del mayor de edad es una limitación de su capacidad jurídica o de obrar.

Como es sabido, el art. 12 CE establece que “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”¹¹⁴. Y el art. 246 CC determina que: “El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”, y es claro que la interpretación jurisprudencial que se viene haciendo del art. 93.11 CC estaría dentro de esas “excepciones”.

Ante tan sólidos principios de nuestro ordenamiento: ¿estarían siempre justificadas con los argumentos que se han venido exponiendo sostenidos por la jurisprudencia menor para limitar al hijo mayor de edad el derecho a administrar su pensión alimenticia? ¿Y más aún, es razonable quebrar el principio constitucional de la mayoría de edad a los dieciocho años del art. 12 CE al amparo de tan débiles razonamientos?

En realidad, analizando el Código civil, y el resto de la legislación vigente, salvo la exigencia de haber cumplido al menos los 25 años de edad para poder ostentar la condición válida de adoptante¹¹⁵, son muy escasas -prácticamente ninguna- las limitaciones previstas para los mayores de 18 años, salvo la referida a la adopción, e, insólitamente, ¡la que aquí se denuncia! Al revés, como bien sabemos, son numerosos y crecientes los actos jurídicos civiles de toda índole que se permiten ejecutar con plena validez por debajo de la mayoría de edad constitucionalmente fijada.

Como colofón ha de añadirse que 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, eliminó la figura tradicional que se aplicaba desde el derecho romano de la “incapacidad” por lo que todas las personas, al margen de su edad, ostentan su capacidad jurídica que podrán ejercer, en su caso, por sí mismas o contando con las medidas de apoyo a la discapacidad que allí se prevén.

Al hilo de lo que se expone, cierta jurisprudencia menor viene denominando “efecto residual de la patria potestad” a la situación que se produce con “el derecho

114 VILLANUEVA TURNES, A.: “La mayoría de edad. Artículo 12 de la Constitución”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65/2, julio-diciembre 2017, p. 324, en un interesante análisis del precepto recuerda que la Constitución Española de 1931 establecía, en su art. 36 “Los ciudadanos de uno y de otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”.

115 Art. 175 CC: “La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastarán con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad”.

de alimentos que se establece en el proceso matrimonial al amparo del art. 93 CC” que se genera “bajo gestión del progenitor conviviente” siendo los 25 edad “el límite que en condiciones ordinarias se considera adecuado para prolongar el derecho de alimentos”, a lo que añade que, en base a lo anterior, carecería de sentido que la madre gestionase los alimentos, por ejemplo, de un hijo de treinta años¹¹⁶.

En el mismo sentido se había afirmado ya que “los alimentos de los hijos mayores de edad son un efecto residual de la patria potestad ya extinguida, cuando el hijo ha alcanzado la emancipación jurídica pero no económica por no haber completado su formación”¹¹⁷. La sola idea que equiparar, aunque sea en sentido figurado, la situación que generan estos alimentos con una “patria potestad -alimenticia- prorrogada” (después del desacierto de haber eliminado la figura original por la Ley 8/2021, de 2 de junio) ya nos da una idea de la imperiosa necesidad de superar tal desatino y devolver al hijo mayor de edad el estatus de plena capacidad que se le reconoce constitucionalmente, sin viejos residuos y escollos que no superan ninguna justificación actual, lógica y seria.

6. Obligatoria -y evitable- litigiosidad para cambiar de accipiens.

Otro efecto perverso del sistema vigente del cobro por el cónyuge o progenitor con el que convive, o venía conviviendo al hijo desde la minoría de edad y después de alcanzar la mayoría, es que, según la configuración actual, a falta de acuerdo, la única forma que tiene el solvens, progenitor obligado al pago, es acudir a los tribunales de justicia a instar un procedimiento judicial de modificación de medidas instando la extinción de la pensión por cualesquiera motivos previstos en la ley y la jurisprudencia¹¹⁸.

Es decir, que a falta de acuerdo con el cónyuge conviviente, no basta que el hijo mayor de edad comunique al progenitor pagador que ya no convive con el otro, o que no precisa de los alimentos fijados al haber llegado a independizarse física

116 SAP Las Palmas de Gran Canaria (sec. 3ª) 18/2015, de 19 de enero, FD 2º (ECLI:ES:APGC:2015:26): “La autonomía jurídica conlleva que a partir de esas edades sea el propio hijo el que en su caso reclame, obtenga y gestione la pensión de alimentos, mediante su reclamación por sí en proceso independiente del matrimonial de sus padres, careciendo de sentido que una madre siga gestionando los alimentos de su hijo a edades de por ejemplo los treinta años, en el caso hipotético de que un descendiente tuviera derecho a tales alimentos en ese instante. Por ello, sin perjuicio de las reclamaciones que la hija pueda realizar por sí contra sus parientes deudores de los alimentos del art. 142 CC, en el proceso de divorcio procede declarar extinguidos tales alimentos concedidos bajo administración materna al amparo del art. 93 CC”.

117 “El deber de alimentos respecto de los hijos mayores de edad -dado que en este caso la obligación derivada de la patria potestad ya no se mantiene- se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado “principio de solidaridad familiar” (143 CC)” SAP Las Palmas de Gran Canaria (sec. 3ª) 803/2014, de 11 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:APGC:2014:3380).

118 Art. 227.1 del Código penal: “1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”.

o económicamente, por gozar de ingresos propios. Tampoco servirá un acuerdo entre alimentante y alimentista, sino que será obligado instar aquel proceso judicial para evitar verse envuelto en un proceso penal por incurrir en un delito de impago de pensiones de alimentos.

Además, los hijos, ya mayores de edad e independientes no desean acudir al juzgado a “declarar” en contra del progenitor que recibe la pensión de la que ellos son titulares, aunque ya sin derecho a la misma, sino que prefieren evitar el “mal trago” y tampoco desean que el *accipiens* se vea privado de esa cantidad mensual que abona el otro progenitor (a veces más necesitado que el *solvens*). Esta realidad, lamentablemente, se produce a diario en nuestra sociedad, cuando las relaciones no son buenas o están enfrentados los excónyuges, tal como la práctica forense constata y, a todas luces, la situación carece del menor sentido siendo inexcusable arbitrar mecanismos para evitarla.

Y la jurisprudencia, en cierto modo no es del todo tajante para cortar de raíz tales desajustes pues, en ocasiones, la situación se eterniza pues, como se ha visto, no es frecuente adoptar con carácter retroactivo la decisión de devolver (tras el oportuno proceso judicial por lo general nuevo e independiente del previo de modificación de medidas extinguiendo la pensión), desde que fue cobrada indebidamente, la pensión por parte del cónyuge sin derecho a ello, sino desde la presentación de la demanda, en su caso.

Ello, en cierto modo, podría “incentivar” al *accipiens* y progenitor con quien convivía el hijo mayor a seguir cobrando la pensión alimenticia de este, tras su independencia, sin descartar que a veces puede necesitarla verdaderamente (pero no olvidemos que no se trata de una pensión compensatoria a cargo del excónyuge, sino de alimentos del hijo que la necesitaba), habida cuenta de que la devolución no de lo cobrado de manera indebida no suele ordenarse retroactivamente desde que se extinguió el derecho del hijo al haberse independizado, sino desde la demanda a lo sumo.

VI. BREVE RECORRIDO POR REGULACIONES ACTUALES EN EUROPA QUE PREVÉN EL PAGO DIRECTO AL HIJO MAYOR DE EDAD

I. España.

Examinadas las principales distorsiones que en la práctica diaria se vienen advirtiendo con el vigente y generalizado sistema de abono de la pensión de alimentos los hijos a cargo del progenitor no custodio mediante la entrega de su importe, mensual casi siempre, al excónyuge con quien convive el alimentista, titular del derecho, llega el momento de tratar de formular algunas consideraciones o propuestas que sean útiles para tratar de evitar, en lo posible, los desajustes más graves entre los expuestos.

A tal fin, dada la práctica uniformidad jurisprudencial, salvo contadas excepciones, que viene interpretando el precepto cuestionado, resulta oportuno aproximarnos a las soluciones, totales o parciales, que están vigentes en otros ordenamientos jurídicos, ya sea dentro o fuera de nuestro país, dado que ello nos permitirá tomar una visión más

A) El frustrado Anteproyecto de ley que modificaba el art. 93.II CC.

Como tantos planes legislativos y anteproyectos ya elaborados en fase muy avanzada que se quedan por el camino como consecuencia de tantas vicisitudes, más por oportunismo político-electoral que por cuestiones técnicas o de fondo, el “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, que afectaba, naturalmente, a diversos preceptos del Código civil y a otras normas concordantes.

El Anteproyecto formula una profunda reforma del art. 93 CC, los dos párrafos que contiene en la actualidad serían sustituidos por cinco apartados de nuevo cuño, por tanto, creciendo notablemente la extensión del nuevo texto¹¹⁹.

La reforma mantenía intacto el párrafo segundo del actual art. 93, llevándolo al nuevo apartado 4 (si bien añadiendo al texto actual “a instancia del progenitor con quien convivan”), introduciendo un segundo párrafo completamente nuevo, que es el relevante a nuestros efectos, según el cual: “La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos cuando sean mayores de edad, en atención a

119 Propuesta de art. 93 CC en la tercera redacción de 13 de enero de 2015 del Anteproyecto: “1. El Juez determinará, cuando proceda, la contribución de cada progenitor a la satisfacción de las cargas familiares y, siempre que hubiere hijos menores, la pensión de alimentos por sus necesidades ordinarias y la proporción en la que deben contribuir a los gastos por sus necesidades extraordinarias, su periodicidad, forma de pago y bases de actualización, y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. 2. Deben considerarse gastos necesarios ordinarios los comprendidos en el artículo 142 que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia. Serán gastos extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico y los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos, siempre que exista acuerdo sobre las mismas. No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, pero se consideren adecuados para ellos. 3. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares, en su caso. Los gastos extraordinarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización. 4. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes. La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que deban realizar los mismos al progenitor con el que convivan para el levantamiento de las cargas familiares. 5. La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos cesará en los supuestos establecidos en el artículo 152”.

las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que deban realizar los mismos al progenitor con el que convivan para el levantamiento de las cargas familiares”¹²⁰.

El nuevo texto del Anteproyecto, tal como afirma la opinión a la que nos adherimos, afortunadamente no prosperó, pues en graves defectos, pese a la fortuna de admitir que los hijos mayores de edad podían recibir directamente la pensión alimenticia del progenitor que la abona, sin pasar por el excónyuge o progenitor conviviente¹²¹.

Por tanto, tuvo el acierto al menos de abrir la posibilidad de que, bien el juez de oficio o a instancia de parte, pudiera acordar el pago directo de la pensión al titular del derecho, el hijo mayor de edad, por parte del obligado al abono de la pensión.

Resulta muy oportuno examinar el Dictamen elaborado en 2014 por el Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en especial, nos parece muy interesante a los efectos de nuestro análisis su apartado 2.3 referido a la “Contribución a las necesidades de los hijos mayores de edad o emancipados”¹²².

Al respecto, el Consejo de Estado, en sus Conclusiones, informaba favorablemente la postura del nuevo texto del art. 93.4 afirmando sobre el párrafo segundo de este mismo precepto que “esta es una novedad del Anteproyecto” y que “con esta asignación directa a los hijos mayores de edad se pretende cohonestar la titularidad del derecho de alimentos, que pertenece a los hijos mayores de edad, y la legitimación para solicitarlos, que corresponde al cónyuge con quien conviven”. Por lo demás, concluye: “no existe razón aparente para que esa posibilidad de asignación directa de la pensión se contemple únicamente respecto de los hijos mayores de edad y no para los hijos emancipados”.

120 También añade al respecto con incidencia en nuestro análisis, que el Anteproyecto: “modifica el concepto de alimentos en favor de los hijos mayores de edad, dando nueva redacción al párrafo segundo e introduciendo un nuevo tercer párrafo en el artículo 142 del CC, y añadiendo una nueva causa de extinción de los alimentos entre parientes en el n° 5 del artículo 152 del CC. Con estos ajustes se persigue, en síntesis, que la obligación de alimentos a los hijos o descendientes mayores de edad cese cuando éstos tengan recursos o medios económicos o se encuentren en situación de poderlos obtener, en línea con lo que viene ya diciendo la jurisprudencia menor. Se trata, en definitiva, de una reforma pertinente”.

121 BUSTOS MORENO, Y. B.: “El “Acciptions” frente al acreedor...”, cit., p. 245, quien lo expresa con estas palabras: “Afortunadamente, dicha propuesta legislativa, que no fructificó en el Derecho civil común por otras razones bien distintas al tema aquí analizado”.

122 Dictamen del Consejo de Estado aprobado el 24 de julio de 2014 sobre el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (sobre el texto contenido en su segunda versión de 10 de enero de 2014), referencia 438/2014 (Justicia), cuyo texto se encuentra disponible en la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado en su website: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438> (última consulta, 13-05-2025).

B) El art. 10 de la Ley del País Vasco de relaciones familiares.

Mayor fortuna tuvo, quizá como consecuencia del texto de aquel anteproyecto, la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

El art. 10 se intitula: “Pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios”, y su apartado 4 determina en su primer párrafo que: “Si convivieran en el domicilio familiar hijos e hijas mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a la normativa en vigor”¹²³.

Y el segundo párrafo de la citada normativa vasca expresa, con excelente simpleza y locuacidad, dando un giro copernicano a lo dispuesto hasta ahora en la legislación e interpretado por la jurisprudencia patria, alumbrando lo siguiente: “La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos e hijas cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que estos deban realizar al levantamiento de las cargas familiares”.

Como se observa, y supliendo la laguna advertida en el precepto de Derecho común, aquí se concede la legitimación de manera expresa al cónyuge o progenitor conviviente con el hijo que puede solicitar la pensión de alimentos de este. Pero, además, y es lo crucial a efectos de nuestro análisis, el precepto prevé de forma clara y sin necesidad de mayor interpretación, que el importe de la pensión alimenticia pueda ser gestionado de manera directa por el propio hijo mayor de edad, aunque no haya sido él quien la reclamara en virtud de la legitimación ahora reconocida.

C) La ley 104 a) del Fuero Nuevo de Navarra.

En sentido parecido, siguiendo la estela anterior, el vigente texto del art. 104 a) de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, sobre “medidas judiciales”, cuya redacción es de más reciente factura¹²⁴, sobre la “Contribución al sostenimiento de los hijos mayores de edad” determina en su primer párrafo que: “En defecto de pacto, el juez establecerá la contribución de uno y otro cónyuge al sostenimiento de los hijos mayores de edad que todavía dependan

¹²³ Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco publicada en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015 y en el Boletín Oficial del País Vasco número 129, de 10 de julio de 2015.

¹²⁴ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57 de 7 de marzo de 1973), cuyo art. 104 fue redactado por 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, no viéndose afectado el precepto por la reforma por la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre.

económicamente de ellos", lo que no dista mucho, en esencia, del sentido del art. 93.II CC tan bien conocido por repetido en estas páginas.

Pero, el actual segundo párrafo del citado art. 104 a) de la normativa foral navarra, continuando la línea marcada por la legislación vasca viene a expresar lo siguiente: "Ello, no obstante, cuando así se solicite, el juez podrá establecer que la cantidad que cada progenitor deba satisfacer para el sostenimiento de los hijos mayores de edad sea asignada directamente a ellos".

2. Europa.

Como se observará en las siguientes líneas, existe una notable convergencia en las legislaciones vigentes en Europa respecto al principio de que los hijos mayores de edad que continúan necesitando apoyo económico (principalmente por estudios) tienen derecho a recibir la pensión de alimentos, y que este pago, idealmente o por defecto en muchos casos, debe realizarse directamente a ellos. La mayoría de los países analizados facilitan o exigen este pago directo una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre que persista la necesidad del hijo.

Sin embargo, el Código civil español es la excepción cuyo texto del art. 93.II se ha quedado obsoleto siendo preciso un *aggiornamento*. Las principales diferencias radican en el grado de automaticidad de este cambio en el perceptor de la pensión y en las formalidades requeridas. En algunos países (Países Bajos, Suecia, Noruega, Polonia, Suiza), el pago directo al hijo mayor de edad es la norma establecida una vez que este cumple los requisitos para seguir percibiendo alimentos. En otros (Italia, Francia, Alemania, Reino Unido, Irlanda), aunque el pago directo es posible y a menudo favorecido, puede requerir una decisión judicial explícita, una modificación de una orden anterior, o dependerá de las circunstancias específicas del caso, como la convivencia del hijo o su capacidad para administrar los fondos. España no sigue el sistema mayoritario europeo y salvo acuerdo entre progenitores el pago directo nunca se produce, o es excepcional.

En todos los casos, la continuación de la obligación alimenticia más allá de la mayoría de edad está supeditada a que el hijo no haya alcanzado la independencia económica, generalmente por estar cursando estudios o una formación profesional de manera diligente. La legislación y la jurisprudencia buscan equilibrar la responsabilidad parental con la autonomía progresiva del hijo mayor de edad, a lo que España debe unirle.

A) El modelo mixto alemán: pago directo según conviva y/o lo solicite.

En Alemania, la obligación alimenticia, según se desprende del principio general que se establece en el § 1601 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Código

civil alemán) persiste más allá de la mayoría de edad cuando el hijo no puede autoabastecerse, especialmente durante su formación¹²⁵. Esto es, la obligación alimenticia solo nacerá cuando dicha capacidad se dé en el mismo momento en el cual surja la necesidad de sustento del acreedor. Completa el § 1610 expresando la manutención se determina según la situación de vida del necesitado (manutención adecuada) y que comprende todas las necesidades vitales, incluidos los costos de una formación adecuada para una profesión; en el caso de una persona que necesita educación, también se incluyen los costos de la educación¹²⁶. Añade el § 1612 (3), frase 1ª del BGB que los alimentos se pagan mensualmente por adelantado¹²⁷.

Por regla general, esta pensión solo debe abonarse directamente al hijo mayor de edad cuando este ya no viva con ninguno de los progenitores o si gestiona su propio hogar. Si el hijo mayor aún vive con uno de los progenitores, la pensión puede ser pagada a ese progenitor, quien la administrará.

No obstante, se autoriza que el hijo, tras alcanzar la mayoría, pueda solicitar el pago directo siempre que sea capaz de administrar los fondos. La jurisprudencia germana viene confirmando la legitimación del hijo mayor que adquiere el derecho a reclamar la pensión directamente a su/s padre/s¹²⁸.

B) Reino Unido (Inglaterra y Gales): ambos sistemas.

En Inglaterra y Gales, el *Child Maintenance Service* (CMS) gestiona la pensión para menores de 16 años, o de 20 cuando estudian a tiempo completo en formación no avanzada. El CMS permite el “*Direct Pay*” entre progenitores, pero al progenitor custodio.

Para hijos mayores de edad fuera de la jurisdicción del CMS (mayores de 19/20 o que cursen educación superior), se puede solicitar al tribunal una orden de mantenimiento bajo la *Matrimonial Causes Act 1973* o el *Children Act 1989*. En estos casos, la resolución judicial puede especificar que los pagos se realicen directamente al hijo ya mayor de edad, siendo común si vive independientemente o para gastos específicos¹²⁹.

125 BGB § 1601: “Unterhaltsverpflichtete. Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren”.

126 BGB § 1610: “Maß des Unterhalts. (1) Das Maß des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (angemessener Unterhalt). (2) Der Unterhalt umfasst den gesamten Lebensbedarf einschließlich der Kosten einer angemessenen Vorbildung zu einem Beruf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung”.

127 BGB § 1612: “Art der Unterhaltsgewährung. (3) Eine Geldrente ist monatlich im Voraus zu zahlen”.

128 BOVER CASTAÑO, M. P.: “La obligación de alimentos en el Derecho de Familia alemán”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 17, enero 2014, pp. 184-186.

129 *Child Maintenance Service*, disponible: <https://www.gov.uk/child-maintenance-service/payments>, y *Financial Provision for Adult Children*: <https://www.flip.co.uk/financial-provision-for-adult-children> (última consulta el

C) Irlanda: reconocimiento del pago directo con orden judicial.

Los padres deben mantener a sus hijos dependientes (menores de 18, o de 23 si estudian a tiempo completo, o con discapacidad) en Irlanda. Las resoluciones u órdenes de manutención son dictadas por un juez.

La información que se divulga en el portal irlandés *Citizens Information* determina que la orden judicial especificará cómo se debe pagar la pensión alimenticia, lo que sugiere discreción judicial para ordenar el pago directo al hijo mayor de edad, especialmente si no reside con los progenitores o para cubrir gastos de educación superior¹³⁰.

D) La opción francesa: el art. 373-2-5 del Code civil.

Tras la reforma del Código civil de la República de Francia, operada mediante la Ley 305/2002, de 4 de marzo, que dio nueva redacción al precepto, el nuevo art. 373-2-5 del *Code civil* regula con el máximo acierto la cuestión. Y lo hace desde el punto de vista del hijo mayor de edad impulsando su autonomía personal, reconociéndole de un lado la acción para pedir la manutención, y de otro, queda legitimado para recibir la pensión alimenticia de manera directa, organizarse y administrarla por sí mismo.

Dispone el precepto¹³¹ que: “El progenitor que asume a título principal la carga de un hijo mayor de edad que no puede por sí mismo subvenir a sus necesidades, puede solicitar al otro progenitor que le abone una contribución para su manutención y educación. El juez puede decidir o los progenitores convenir que esta contribución sea abonada total o parcialmente en manos del hijo”. Por tanto, a los padres corresponde sufragar las necesidades de manutención y educación del hijo mayor de edad que no puede hacerlo por sí mismo mediante una pensión alimenticia (contribución), para lo cual, ya sea mediante por acuerdo entre los progenitores, ya sea por decisión judicial, dicho importe puede pagarse directamente al hijo de manera total o parcial.

En la regulación francesa no se precisa la convivencia del hijo mayor de edad con uno de los progenitores, como inexcusablemente se exige en la legislación y en la jurisprudencia española, estando en manos del juez la decisión de establecer

14 de mayo de 2025)

130 *Maintenance orders and agreements*: disponible en el portal de Información ciudadana de Irlanda: <https://www.citizensinformation.ie/en/birth-family-relationships/separation-and-divorce/maintenance-orders-and-agreements> (última consulta, 14 de mayo de 2025)

131 Art. 373-2-5: “Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant” (Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - art. 6, JORF 5 mars 2002).

una pensión incluso cuando el hijo ya no convive con ninguno de sus padres, pero carece de suficientes recursos. Y, además, también en dicho ordenamiento, y con o sin acuerdo entre los padres, el juez puede ordenar que el pago total o parcial de la pensión alimenticia de uno o de ambos sea abonado directamente al hijo mayor, conviva o no conviva con alguno de sus progenitores¹³².

E) *El precedente italiano: art. 337-septies del Codice civile.*

Bajo las mismas premisas, y con similar acierto, de las que partió la reforma de 2002 en Francia en la que se trataba de otorgar mayor autonomía y responsabilidad al hijo mayor de edad que aun tiene dependencia económica de sus padres, modificación legislativa que influyó decisivamente en Italia, siendo redactado, tras las reformas de 2006 y 2013, el art. 337-septies del *Codice civile*¹³³, cuyo texto en español es el siguiente:

“El juez, valoradas las circunstancias, puede disponer a favor de los hijos mayores de edad no independientes económicamente el pago de una asignación periódica. Dicha asignación, salvo que el juez determine lo contrario, se abona directamente al derechohabiente. A los hijos mayores de edad con discapacidad grave se les aplican íntegramente las disposiciones previstas a favor de los hijos menores”.

Se desprende del citado texto italiano que el juez puede ordenar el pago directo de la pensión al hijo mayor de edad que carece de independencia económica, y también se recoge la posibilidad de que se abone el importe al progenitor con aquel con quien conviva. Al igual que en el Derecho francés -y diferenciándose del español, como se ha dicho-, tampoco exige la norma italiana la convivencia del alimentista con ninguno de sus padres para obtener el derecho a estos alimentos en el proceso.

F) *El claro supuesto del pago directo en Países Bajos.*

La obligación de contribuir a los gastos de manutención y estudio, denominada allí *kinderalimentatie* se extiende hasta los 21 años. Sin embargo, desde que el hijo cumple la edad de 18 años, la pensión de alimentos debe pagarse directamente al hijo, y no al excónyuge. Así lo establece la información oficial del gobierno

132 BUSTOS MORENO, Y. B.: “El “Accipiens” frente al acreedor...”, cit., pp. 241-244.

133 Art. 337-septies: “Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto. Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori”. El texto fue producto inicialmente de la Ley italiana de 8 febrero de 2006 y posteriormente del Decreto Legislativo de 28 de diciembre de 2013, que le otorgó finalmente la transcrita redacción.

neerlandés (*Rijksoverheid*). No obstante, cuando el hijo tuviere ingresos propios, se pueden decidir ajustes¹³⁴.

El Código Civil Neerlandés (*Burgerlijk Wetboek*), en su art. 1:392, establece la obligación alimenticia descrita, sin embargo, son de aplicación la Ley de Divorcio de 2001 (*Wet herziening partneralimentatie*) y la Ley de Ejecución de Pensiones Alimenticias (*Wet op de internationale inning van alimentatie*) que también abordan aspectos relacionados con la manutención de los hijos mayores de edad referidos a la forma de abono.

En virtud de tales normas, la pensión alimenticia para hijos mayores de edad puede ser abonada directamente al hijo, que viene siendo lo habitual, y siempre si este reside de forma independiente o con uno de los progenitores. Sin embargo, en casos de desacuerdo entre los progenitores, el tribunal puede intervenir para determinar la forma y la cuantía de la pensión alimenticia.

G) El caso sueco: abono directo al hijo mayor de edad.

En línea similar a la regulación anterior, en Suecia, según determina el art. 7:1 del Código civil sueco (*Äktenskapsbalken*) la obligación de sustento se extiende hasta los 18 años, o hasta los 21 años cuando el hijo cursa estudios a tiempo completo (ya sea de primaria, secundaria o equivalente)¹³⁵.

Ahora bien, cuando el hijo cumple 18 años y sigue teniendo derecho a la pensión, esta debe pagarse directamente al hijo. El acuerdo se realiza entonces entre el hijo mayor y el progenitor pagador¹³⁶.

H) El régimen noruego de pago directo al mayor de edad.

La *barnebidrag*, que es la obligación de alimentos en Noruega, se prolonga generalmente hasta los 18 años, en principio, pero puede continuar si el hijo sigue en educación secundaria superior. Una vez que el hijo haya cumplido la mayoría de edad a los 18 años, cualquier pago de pensión se realizará directamente al hijo.

En este sentido, el hijo mayor de edad que esté cursando su educación puede acordar la pensión con sus padres una pensión alimenticia, o solicitarla al *Arbeids-*

134 *Rijksoverheid.nl* - Hoeveel kinderalimentatie krijg of betaal ik? Información extraída del portal gubernamental <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/scheiden/vraag-en-antwoord/kinderalimentatie> (última consulta, el 14 de mayo de 2025).

135 Artikel 7:1- "Äktenskapsbalken 1 § Föräldrar har en underhållsskyldighet gentemot sina barn. Denna skyldighet gäller även efter att barnet har fyllt 18 år, om barnet inte kan försörja sig själv på grund av studier eller andra ekonomiska svårigheter".

136 Portal gubernamental nórdico: Norden.org - Underhållsbidrag och underhållsstöd i Sverige, disponible en el website: <https://www.norden.org/sv/info-norden/underhållsbidrag-och-underhållsstod-i-sverige>, con datos del *Försäkringskassan* (Seguridad Social de Suecia), última consulta 14 de mayo de 2025.

og velferdsdirektoratet conocido por sus siglas NAV (Administración noruega de trabajo y bienestar, principal organismo estatal encargado de la seguridad social), para que dicho órgano la establezca¹³⁷.

I) *El mecanismo polaco de pensión directa al hijo.*

La obligación alimenticia o *alimenty* en Polonia, no cesa automáticamente al cumplir los 18 años cuando el hijo no pueda mantenerse por sí solo, especialmente cuando se encuentra estudiando. Cumplida la citada mayoría de edad, la pensión debe pagarse directamente a él. Como suele ser habitual en todas las legislaciones, antes de esa edad, se paga al progenitor custodio con quien convive.

El cambio de situación, tras alcanzar la mayoría de edad, no requiere una nueva decisión judicial, según ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Polonia¹³⁸, dado que el hijo mayor es el titular directo del derecho¹³⁹.

J) *Pago directo al hijo en el sistema suizo.*

En forma similar al caso polaco, en Suiza, la obligación de alimentos (*Unterhalt*) se extiende hasta los 18 años, tal como determina el art. 277.2 del *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* o ZGB, esto es, el Código civil de Suiza (sobre la extensión de la obligación, que indica: Si al alcanzar la mayoría de edad el hijo no ha podido completar su formación o tiene necesidades económicas, la obligación de manutención puede extenderse más allá de la mayoría de edad)¹⁴⁰. Sin embargo, también se puede extender continuando si el hijo está cursando una formación profesional adecuada.

Y lo esencial, tras cumplir aquella mayoría de 18 años seguirá teniendo derecho a la pensión, y los pagos deberán realizarse directamente a tal hijo mayor de edad.

Según jurisprudencia del Tribunal Federal de la República Helvética, el progenitor que anteriormente tenía la custodia no tiene derecho, tras la mayoría de edad del hijo, a reclamar en su propio nombre contribuciones de manutención por el tiempo de minoría del hijo y a solicitar la apertura de un procedimiento

137 Según NAV, *Barnebidrag*, disponible en <https://www.nav.no/barnebidrag> y *Skatteetaten - Bidrag når barnet er over 18 år*, en <https://www.skatteetaten.no/person/betaling-og-innkreving/barnebidrag-og-andre-underholdsbidrag/motta-underholdsbidrag> (última consulta, 14 de mayo de 2025).

138 *Uchwała Sądu Najwyższego* (resolución del Tribunal Supremo polaco): III CZP 14/77, publicada bajo la referencia jurisprudencial OSNC 1977/7/106.

139 Fuentes consultadas el 15 de mayo de 2025: Anna Kubica Radca Prawny - *Komu płacić alimenty, i gdy dziecko uzyska pełnoletność?*, disponible en (<https://anna-kubica.pl/komu-placic-alimenty-gdy-dziecko-uzyska-pełnoletnosc>), y Wysokińska Kancelaria Adwokacka - *Alimenty po 18 roku życia - co warto wiedzieć?*, cuyo acceso se encuentra en <https://wysokinska.eu/alimenty-po-18-roku-zycia>.

140 .Artikel 277.2 - *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)*: “Unterhaltspflicht: Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert bis zur Volljährigkeit des Kindes. Erweiterung der Pflicht: Hat das Kind nach Erreichen der Volljährigkeit noch keine angemessene Ausbildung, so haben die Eltern die Pflicht, den Unterhalt über die Volljährigkeit hinaus zu leisten”.

legal para ello y que si el fallo de divorcio ordena el pago de la pensión alimenticia más allá de la mayoría de edad, el hijo que ha alcanzado la mayoría de edad puede hacer ejecutar el fallo (realizando embargos) y obtener la apertura legal definitiva contra la orden de pago tan solo presentando dicha sentencia. La pensión alimenticia debe pagarse directamente al hijo mayor de edad y no a un progenitor. El consentimiento del hijo mayor de edad puede ser tácito¹⁴¹.

Dado que el hijo mayor es el titular del derecho con buena lógica se le reconoce por la jurisprudencia que puede acordar la pensión o reclamarla judicialmente¹⁴².

VII. SUCINTAS CONCLUSIONES.

Si bien, y desde el principio, a lo largo del presente trabajo hemos ido exponiendo con claridad nuestras posiciones críticas con la reglamentación vigente en el territorio de Derecho común donde se aplica el art. 93.II CC, cabe condensar en breves párrafos las principales ideas mostradas.

1. El contenido que se desprende de la regulación actual del precepto indicado está abiertamente superado por la situación social, familiar y jurídica del tiempo presente, no solo porque haya transcurrido tres décadas y media desde aquella redacción, sino sobre todo porque los cambios legales operados en los últimos años lo hacen incompatible.

2. Salvo muy contadas excepciones, la jurisprudencia que inspira las resoluciones que se vienen dictando en nuestros días (primero la STS 411/2000, de 24 de abril y, más recientemente, la STS 156/2017, de 7 de marzo, ambas seguida de manera casi unánime por las Audiencias Provinciales) sigue anquilosada en los viejos principios de unir la convivencia a la legitimación para reclamar los alimentos al mayor de edad, permitiendo al cónyuge el ejercicio de la acción pero negando al titular del derecho en tales casos la posibilidad de recibirlos directamente del pagador.

3. La situación denunciada propicia el alargamiento de la permanencia del hijo mayor de edad en el domicilio familiar; pues al ser el progenitor con quien convive quien recibe y administra la pensión económica que recibe del otro, le priva de la posibilidad de organizar sus finanzas y adecuarlas a sus necesidades más

141 BGE 142 III 78 E. 3, BGE 129 III 55 y 5A_874/2014 E. 1.2, consultadas el 14-05-2025 en *Index der Bundesgerichts- BGE* (índice de sentencias del Tribunal Federal de Suiza), cuyo buscador está disponible en el portal <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?type=start&lang=de>.

142 . *Alimente ab 18 Jahren in der Schweiz*, en <https://onlinescheidung.ch/lexikon/kinder/volljaehriges-kind/> y también puede verse la información de Gerichte Kanton Luzern - *Unterhalt volljähriger Kinder*", disponible en https://gerichte.lu.ch/rechtsgebiete/ehe_und_familie/unterhalt/volljaehrige_kinder (ambas consultadas por última vez el día 15 de mayo de 2025).

directas, siendo el principal conocedor de sus prioridades y quien mejor sabrá administrarlas.

4. Siendo cada vez mayor la capacidad jurídica en el sentido actual (de obrar, en la terminología anterior) que la ley otorga al menor de edad e incluso a la persona con alguna discapacidad, establecer el cobro por parte de un tercero, aunque sea su progenitor, del importe de la pensión alimenticia de la que es titular el hijo mayor de edad implica una limitación a su capacidad de obrar que carece de toda justificación, contraviniendo el principio constitucional de la mayoría de edad sometándolo a una “patria potestad residual” que carece de cualquier apoyo lógico y jurídico.

5. El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 2014 que, entre otros, otorgaba nueva redacción al art. 93 CC se quedaba bastante corto sin que llegara a ver la luz, aunque algunas normas autonómicas como las aprobadas en el País Vasco y en Navarra determinaron, si bien quizá tímidamente, el cobro directo por el alimentista hijo mayor de edad de la pensión que abona el otro progenitor alimentante. Mucho más decididos han sido la mayoría de los principales países de Europa que han introducido en sus legislaciones tal principio con mucha mayor decisión. Todo lo anterior apunta a imperiosa la necesidad del *aggiornamento* del citado precepto en el sentido de las normativas más avanzadas que se han examinado, en especial siguiendo la senda de los ordenamientos de Noruega, Polonia, Países Bajos, Suecia y Suiza, cuyos principales postulados, con matices en cada caso, acogen las posiciones que defendemos en el presente estudio.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Á.: "Crisis matrimoniales ante Notario: Normativa aplicable y ámbito de aplicación", en: AA.VV., *Separaciones y divorcios ante Notario* (dir. y coord. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2016.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Las uniones o parejas de hecho, los efectos patrimoniales constante y al cese o ruptura de la convivencia", en AA.VV.: *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. 2 (eds. por R. HERRERA CAMPOS y M. A. BARRIENTOS RUIZ), Editorial Universidad de Almería, 2011.

BOVER CASTAÑO, M^a. P.: "La obligación de alimentos en el Derecho de Familia alemán", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014.

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: "Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93.2 Código Civil", *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2022.

ECHEVARRÍA DE RADA, M^a. T.: "Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales situación actual", *RCDI*, 2016.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: "Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo" *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (REDS), núm. 17, julio-diciembre 2020.

MONTERO AROCA, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 93 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: "Hijo discapacitado mayor de edad: pensión alimenticia (Comentario a la STS de 7 de julio de 2014)", *Revista CEFlegal*, núm. 167, diciembre 2014.

PÉREZ DÍAZ, R.: "La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022.

ROGEL VIDE, C. y ESPÍN ALBA, I.: *Derecho de la familia*, Colección Jurídica General, Cursos, Reus, Madrid, 2010.

VILLANUEVA TURNES, A.: "La mayoría de edad. Artículo 12 de la Constitución", *Estudios de Deusto*, vol. 65/2, julio-diciembre 2017.

LA COMUNIDAD CHINA Y EL VÍNCULO MATRIMONIAL
THE CHINESE COMMUNITY AND MARRIAGE

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 90-107

Lucia DI
COSTANZO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: En el ordenamiento jurídico chino, la relación familiar es un valor a preservar y disciplinar, ya que es el principal punto de referencia para la cooperación, incluida la económica. Por esta razón, aunque la tasa de divorcio es más o menos proporcional a los sistemas occidentales, las tasas de matrimonio son más altas, también debido a un sistema de bienestar poco desarrollado. Por lo tanto, el cuidado de los niños y los ancianos que ya no pueden trabajar es garantizado por la familia. La familia, por lo tanto, aparece como la columna vertebral de la sociedad china, caracterizada por una fuerte autorreferencialidad cultural y una preferencia absoluta por los lazos intraétnicos, incluso en el contexto de las relaciones y dinámicas internacionales.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; relaciones familiares; autorreferencialidad cultural; interferencia política.

ABSTRACT: *In the Chinese system, family relationships are values that must be preserved and regulated, as they are the primary source of economic assistance. For this reason, although the divorce rate is more or less proportional to Western systems, marriage rates are higher due to a poorly developed welfare system. Therefore, assistance to children and the elderly who are no longer able to work is provided by the family. The family, therefore, appears to be the backbone of Chinese society, characterized by a strong cultural self-referentiality and an absolute preference for intra-ethnic ties, even in the context of international relations and dynamics.*

KEY WORDS: *Marriage; family relationships; cultural self-reference; political interference.*

SUMARIO.- I. LA COMUNIDAD CHINA EN ITALIA.- II. LA RELACIÓN MATRIMONIAL CHINA Y LA INJERENCIA POLÍTICA.- III. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN CHINA.- IV. EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA COMO CÉLULA FUNDAMENTAL PARA EL EQUILIBRIO DE LA SOCIEDAD CHINA.- V. CONCLUSIONES.

I. LA COMUNIDAD CHINA EN ITALIA.

La población china, en Italia, ocupa el tercer lugar en términos numéricos entre las principales comunidades de ciudadanía extracomunitaria, después de la marroquí, la albanesa y la ucraniana¹. Sin embargo, en la jurisprudencia italiana no existen controversias de las que deducir distancias normativas en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones, así como en las cuestiones de encuentro/desencuentro entre las dos culturas jurídicas.

De las pocas sentencias encontradas², no es posible dilucidar ninguna hipótesis de conflicto y solución entre nuestra legislación y la china, ni siquiera en lo que respecta a los matrimonios mixtos de los que uno de los dos cónyuges es chino, de los que se deducen diferentes valores sociales, éticos y religiosos de la comunidad investigada. Entre otras cosas, desde una visión general, las diferencias entre la normativa italiana y la china en el ámbito del derecho de familia, como se puede ver en el reciente Código Civil chino de 2021³, no parecen ser realmente significativas.

Más bien, al observar a la comunidad china, se destaca una fuerte tendencia hacia la autorreferencialidad cultural y comunitaria, tanto porque los lazos intraétnicos aseguran la movilidad social, como porque la familia es la institución fundante de la comunidad.

Por lo tanto, un estudio del alcance del nuevo código civil chino y las diferencias en la disciplina del derecho de familia en comparación con el derecho italiano, no puede separarse de un estudio de la concepción del matrimonio en la cultura nativa.

1 Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, "Le comunità migranti in Italia: Report 2023", disponible en: <https://integrazioneimmigranti.gov.it/it-it/Dettaglio-approfondimento/id/58/Le-comunita-migranti-in-Italia-Report-2023>.

2 Tribunal. Parma, 31.10.2018, n° 1597; Tribunal. Vercelli, 24.03.2022, n° 318; Tribunal. Roma, 05.10.2022, n° 14483.

3 Sobre el tema, véase: SACCOCCIO, S. y PORCELLI, S.: *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Modena, 2021, pp. 293-313; DURSI, D., MASI, A., DILIBERTO, O., HUANG, M., y XU, D.: *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa, 2021, pp. 213-228.

• **Lucia Di Costanzo**

Full Professor of Comparative Private Law, Department of Law, University of Campania "Luigi Vanvitelli". Correo electrónico: lucia.dicostanzo@unicampania.it.

Tradicionalmente, el matrimonio en China se ha concebido, no para ser dirigido al logro de la felicidad matrimonial a través del amor interpersonal, sino más bien al mantenimiento de la línea descendiente y esencialmente con el propósito de practicar el culto a los antepasados y engendrar herederos⁴, así como garantizar el cuidado de los ancianos⁵.

Una concepción completamente diferente de cómo se ha desarrollado la idea de familia desde la Edad Media hasta nuestros días en Europa y en la realidad occidental, basada en el vínculo afectivo entre los esposos, donde el amor también es un factor igualador, que conduce a una relación de interdependencia y contribución mutua.

II. LA RELACIÓN MATRIMONIAL CHINA Y LA INTERFERENCIA POLÍTICA.

Una característica de las relaciones familiares tradicionales chinas es una dinámica de dominación y autoridad: el matrimonio debía representar un “intercambio mutuo equilibrado de obligaciones rituales y riqueza material” entre dos familias⁶, es decir, entre dos partes de igual *estatus* social, lo que a su vez servía para fortalecer⁷ las jerarquías sociales preexistentes. Por lo tanto, el matrimonio no puede basarse en el amor que tiene menos probabilidades de éxito, ya que siempre es posible que el amor se desvanezca o que el cónyuge se distraiga de alguna otra manera. Y, por lo tanto, incidentalmente presenta la perspectiva del fracaso y del divorcio⁸.

Como resultado de la desinstitucionalización del matrimonio y su privatización -como veremos más adelante-, la percepción tradicional china de lo que significa un buen matrimonio (*mendanghudui* o *clasificación matrimonial*), más estable y más duradero, se ha centrado más que en el *estatus* de sus respectivas familias, en las características de la pareja, marido y mujer, es decir, en su educación, ingresos, ambiciones mutuas, en las trayectorias de crecimiento salarial asociadas a los programas educativos⁹.

4 ZENG, Y.: *Studies of divorce, in the 1980s in China*, Beijing, 1995 (original en chino).

5 ZANG, X. y ZHAO, L.X.: “State of the field: the family and the marriage in China”, AA.VV.: *Handbook on the Family and Marriage in China* (coord. ZANG, X. y ZHAO, L.X.), Cheltenham, 2017, pp. 1-17.

6 MANN, S.: *Gender and sexuality in modern Chinese history*, Cambridge, 2011, p. 57.

7 El matrimonio familiar se considera un principio tradicional en la selección del cónyuge, véase XU, X. y WHYTE, M.K.: “Love matches and arranged marriages: A Chinese replication”, *Journal of Marriage and the Family*, núm. 3, vol. 52, 1990, pp. 709-722.

8 Véase: BECKER, G.S.: “A theory of marriage: Part I”, *The Journal of Political Economy*, núm. 4, vol. 81, 1973, pp. 813-846; FERNANDEZ, R. Y ROGERSON, R.: “Sorting and long-term inequality”, *Quarterly Journal of Economics*, núm. 6, vol. 116, 2001, pp. 1305-1341; LU, Y.: “Is ‘marriage’ of matching doors more stable? An empirical analysis of marital sorting and risk of divorce in China”, (original en chino: 门当户对的婚姻更稳定吗? 婚姻匹配和离婚风险分析), *Population Research* (人口研究), núm. 2, vol. 33, 2009, pp. 81-91.

9 KALMJJN, M.: “Status homogamy in the United States”, *American Journal of Sociology*, núm. 2, vol. 97, 1991, pp. 496-523; XU, X., JI, J. y TUNG, Y.Y.: “Social and political assortative mating in urban China”, *Journal of Family Issues*, núm. 1, vol. 21, 2000, pp. 47-77; HAN, H.: “Trends in educational assortative marriage in China from 1970 to 2000”, *Demographic Research*, núm. 24, vol. 22, 2010, pp. 733-770; QIAN, Y. y QIAN, Z.: “The gender

Con la fundación de la República Popular China (RPC) en 1949, el régimen socialista abolió por la fuerza los privilegios feudales e imperiales asociados al contexto familiar¹⁰, y con la primera Ley de Matrimonio en 1950, se introdujo un concepto de matrimonio inspirado en dos principios fundamentales: la libertad del hombre y la mujer; y su igualdad mutua.

Con esta reforma también comienza la debilidad de la opresión tradicional que sufren las mujeres chinas, y se reconoce el derecho a decidir con plena autonomía si contraer matrimonio o divorciarse. Desde finales de los años cincuenta, se ha alentado a las mujeres a participar en la vida pública: en los centros urbanos, con la oportunidad de trabajar a tiempo completo en unidades de trabajo estatales o colectivas; en las zonas rurales, como mano de obra importante en *las granjas colectivas*. Sin embargo, siguen siendo las principales responsables del cuidado de los niños y las tareas domésticas¹¹.

Sin embargo, a pesar de que las ciencias sociales siempre han reconocido que el progreso económico de las mujeres ha sido un factor importante en el aumento de la tasa de divorcios y que la participación de las mujeres en la fuerza laboral da como resultado una mayor independencia de los hombres, creando más oportunidades para salir de un matrimonio insatisfactorio¹², la tasa de divorcios aumentó ligeramente, tanto debido a las engorrosas revisiones legislativas como a la estigmatización social de los divorciados¹³.

De hecho, tras las reformas económicas de China a finales de la década de 1970 y principios de la de 1980, el Partido Comunista Chino ya no aplicaba el ideal socialista del igualitarismo, sino que se centraba en la construcción de una economía orientada al mercado que ha llevado, en el caso matrimonial, a un renovado énfasis en el *estatus* socioeconómico de los cónyuges, incidiendo nuevamente en los valores relacionados con el matrimonio y en las relaciones intergeneracionales. La planificación familiar se consideraba uno de los factores decisivos para el desarrollo económico de China, y se fomentaba el matrimonio

divide in urban China: Singlehood and assortative mating by age and education", *Demographic Research*, núm. 45, vol. 31, 2014, pp. 1337-1364; Hu, Y.: "Marriage of matching doors: Marital sorting on parental background in China", *Demographic Research* núm. 20, vol. 35, 2016, pp. 557-580.

- 10 WU, X. Y TREIMAN, D.J.: "Inequality and equality under Chinese socialism: The hukou system and intergenerational occupational mobility", *American Journal of Sociology*, núm. 2, vol. 113, 2007, pp. 415-445; Xu, X. y WHYTE, M.K.: "Love matches and arranged marriages: A Chinese replication", *Journal of Marriage and the Family*, núm. 3, vol. 52, 1990, pp. 709-722.

- 11 FRIEDMAN, S.L.: *Intimate politics: marriage, the market, and State power in the Southeastern China*, Cambridge, 2006, pp. 20-350.

- 12 Sobre las razones de los cambios en la familia entre los años '50 y '80, véase CHERLIN, A.J.: *Marriage, divorce, remarriage*, Cambridge, 1981; RUGGLES, S.: "The rise of divorce and separation in the United States 1880-1990", *Demography*, núm. 4, vol. 34, 1997, pp. 455-466.

- 13 PLATTE, E.: "Divorce, trends and patterns in China: past and present", *Pacific affairs*, vol. 61, 1988, pp. 428-445. Más en profundidad DIAMANT, N.J.: *Revolutionizing the family: politics, love and divorce in urban and rural China, 1949-1968*, Barkeley, 2000.

cuando los cónyuges compartían “intereses mutuos en el trabajo y en las perspectivas políticas” (ideología comunista, en particular) y las familias de los cónyuges tenían un *status* social y económico similar¹⁴.

La ley de 1950 ya no preveía los *matrimonios de hecho*, enfatizando la importancia de la obligación de registrar el matrimonio en una oficina estatal: no registrar la unión expresaba una especie de falta de apoyo a la causa comunista y al Partido. Así, con el pretexto de “corregir” comportamientos inapropiados o desviados, la propia vida de la pareja adquirió una connotación política¹⁵. La injerencia pública en la relación conyugal, sobre la base de la necesidad de mantener la estabilidad social mediante la armonía familiar, también se manifiesta a través de la obligación jurídica de la mediación en los procedimientos de divorcio, que de hecho constituye un obstáculo sustancial para la interrupción del matrimonio¹⁶.

En este contexto, el aspecto privado estaba destinado a sucumbir incluso en el ámbito íntimo y personal, hasta el punto de que incluso los nacimientos siempre han sido objeto de planificación. De hecho, el concepto de procreación era puesto al lado del de educación, enfatizando que el deber de los padres no es sólo mantener a su prole con vida (con la prohibición del infanticidio¹⁷), sino también proveer a su elevación social y cultural de tal manera que permita su plena inclusión en el tejido de la comunidad nacional (obligación, actualmente sancionada por el art. 1043, Código civil del 2021). Por esta razón, se desalentó la procreación de más de un hijo. La intimidad sexual, de hecho, no era un asunto privado, sino que estaba sujeta a reglas de autorregulación, disciplina y autoeducación¹⁸.

El control de la natalidad y la planificación familiar para hacer frente al crecimiento exponencial de la población ha sido el objetivo de la política china desde los años 50 del siglo pasado: durante la era maoísta, con el objetivo de promover el crecimiento económico del país, donde se fomentaba la procreación; desde la Constitución de 1978, confirmada en la de 1982, en los arts. 25 y 49, con una inversión de la tendencia, dirigida a alcanzar el objetivo de “crecimiento cero

14 EVANS, H.: *Women and sexuality in China*, Cambridge, 2007, p. 115.

15 DIAMANT, N.J.: *Revolutionizing the family: politics, love and divorce in urban and rural China, 1949-1968*, cit., p. 217.

16 PLATTE, E.: “Divorce, trends and patterns in China: past and present”, cit., p. 430 y ss.

17 En realidad, tradicionalmente, los valores patriarcales en los que la familia basaba sus relaciones consideraban la violencia como un componente no ajeno al curso normal de las relaciones entre personas pertenecientes a la misma familia, sobre los hijos, pero en particular en relación con las mujeres. La consideración social de la violencia doméstica como elemento de desestabilización de la unidad familiar es bastante reciente. Erradicar la concepción de que esta violencia pertenece exclusivamente a la esfera privada de los cónyuges y que representa, por el contrario, un grave problema social es lo que han trabajado diversos sujetos (juristas, asociaciones de mujeres, académicos) para presentar proyectos de ley al legislador. Cf. D’ATTOMA, S.: *Famiglie interrotte. Violenza domestica e divorzio nella recente legislazione della Repubblica Popolare Cinese*, Venecia, 2022, p. 4.

18 QI, X.: *Remaking Families in Contemporary China*, Oxford, 2021, p. 122 s.

en el año 2000", a través de la política del hijo único de 1979, con afirmaciones en la legislación familiar de 1980 y en algunas regulaciones locales.

El sistema de planificación familiar se legisló oficialmente con la *Ley de población y planificación familiar* de 2001, que entró en vigor en septiembre de 2002¹⁹. Esta ley, introducida tanto para la búsqueda de la sostenibilidad desde el punto de vista económico, es decir, para equilibrar el crecimiento de la población con el desarrollo social, económico y ambiental, como con el objetivo de contribuir a la riqueza de la familia, la prosperidad y el progreso social de la nación, favorece la política del hijo único, estableciendo recompensas y sanciones para quienes cumplan o no con la normativa.

Si bien esta política ha demostrado ser eficaz para alcanzar el objetivo del control de la natalidad, por otra parte, ha dado lugar a numerosas violaciones de los derechos humanos²⁰, en primer lugar, del derecho a la procreación y ha provocado desequilibrios demográficos y sociales. En el mismo sentido, una fuerte disparidad entre los sexos en beneficio total de los hombres: una sociedad con pocas mujeres implica, por un lado, un aumento de las tensiones sociales; por el otro, un gran porcentaje de imposibilidad de encontrar esposa. En segundo lugar, está el envejecimiento progresivo de la población china, con importantes consecuencias también para el mercado laboral y para el sistema de pensiones²¹.

Debido a la preocupante tendencia demográfica, la política del hijo único se ha relajado gradualmente y desde 2016, se ha permitido a las parejas tener también un segundo hijo. Desde 2021, el texto normativo ha sido modificado y ha permitido a las parejas poder tener hasta tres hijos²².

19 Ley de Población y Planificación Familiar de la República Popular China, Orden del Presidente No.63, disponible en http://www.gov.cn/english/laws/2005-10/11/content_75954.htm.

20 Un ejemplo es el caso de Feng Jianmei, una mujer de 23 años, madre de un niño y en el séptimo mes de su segundo embarazo. La mujer, evidentemente en contraste con los preceptos de la política del hijo único, ya que esperaba un segundo hijo y no contaba con la disponibilidad económica para pagar la altísima multa que se debe a los pocos que deciden tener más de un hijo, fue detenida, golpeada por tres funcionarios y obligada a abortar por inyección letal. El caso causó inmediatamente sensación tanto en la opinión pública china como, sobre todo, en la opinión pública occidental, provocando una reacción de las autoridades chinas que intervinieron pidiendo disculpas a la joven por el trato que sufrió y despidiendo a los funcionarios. De acuerdo con la política del hijo único, cada mujer necesita un permiso especial emitido por las autoridades locales para concebir, mientras que las que esperan un segundo hijo se ven obligadas a pagar una fuerte multa o someterse a un aborto forzado. Sin embargo, muchos niños vinieron al mundo ilegalmente y, por lo tanto, no pudieron ser inscritos regularmente en el registro y, hasta la fecha, no disfrutaron de derechos políticos o sociales básicos, como el derecho a la salud con acceso a los hospitales. Cf. BOGGIO, I.: "La política del hijo unico in Cina", 25 de junio de 2021, disponible en <https://mondointernazionale.org/post/la-politica-del-figlio-unico-in-cina#:~:text=Nel%201979%20i%20pianificatori%20familiari,negli%20articoli%2025%20e%2049>.

21 FERRO, N.: "Cina, l'insostenibile figlio unico", 09 de noviembre de 2007, disponible en <https://lavoce.info/archives/24574/cina-linsostenibile-figlio-unico/>

22 FATIGUSO, R.: "La Cina completa la svolta: ok a nuova legge sui tre figli per coppia", 20 de agosto de 2021, disponible en https://www.ilsole24ore.com/art/la-cina-completa-svolta-ok-nuova-legge-tre-figli-coppia-AEPojtd?refresh_ce=1.

III. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN CHINA.

Las transformaciones sociales y económicas y el reconocimiento del papel de la familia, como unidad de producción y consumo económicos, hicieron necesario que los derechos y obligaciones se regularan en el contexto de la vida familiar y que conferiera igual dignidad a sus miembros. Así, una legislación más amplia de 1980 reguló, en la esfera del matrimonio y el derecho de familia, la protección de las mujeres, los niños y los ancianos, especialmente desde el punto de vista patrimonial, en el sentido de que los padres deben cuidar de sus hijos, mientras que los hijos mayores de edad tienen la obligación legal de proporcionar apoyo financiero y de otra índole a sus padres ancianos²³.

Con una nueva apertura legislativa hacia el divorcio, se estableció que éste podía solicitarse sobre la base de la ruptura completa del afecto entre marido y mujer, convirtiéndose legalmente en causa de disolución del matrimonio y se empezó a reconocer que dicha disolución sólo podía ser solicitada por uno de los cónyuges, aunque la solicitante fuera una mujer. En este último caso, sin embargo, no es raro que los tribunales den un trato discriminatorio²⁴.

La transformación gradual de la economía china en una economía de mercado, los efectos de la globalización, incluida la globalización jurídica, están afectando una vez más al derecho de familia y otra reforma en 2001 redujo cada vez más los obstáculos al divorcio unilateral y abrió a una mayor aceptación social de la disolución del matrimonio. Se introducen nuevas hipótesis de nulidad y revocabilidad del matrimonio, incluyendo la violencia doméstica y las relaciones extramatrimoniales²⁵.

23 Con la Ley de Matrimonio de 1980, el legislador pretendió consolidar las relaciones y la estructura familiar socialista a fin de fortalecer las cuatro modernizaciones (industria, agricultura, ciencia y tecnología, defensa) mediante el establecimiento de una mayor estabilidad social y la protección de los derechos del núcleo, regulando con mayor claridad de detalle algunas cuestiones relativas a los derechos y deberes de los cónyuges y la institución del divorcio. En las relaciones entre familiares, se aplicarán los deberes de solidaridad dictados en el capítulo tercero del art. 15 y el art. 22. Éstos reforzaron esa concepción de la *pietas filial* tan querida por la doctrina confuciana. A los deberes derivados del vínculo paterno-filial (art. 15) se añadió la obligación, para los abuelos, de mantener a los nietos menores de edad en caso de muerte prematura de sus padres y, recíprocamente, en el caso de los nietos mayores de edad hacia los abuelos si fuera necesario (art. 22). Las relaciones familiares, los deberes de manutención, la protección de la mujer, los ancianos y los niños fueron enunciados además por la Constitución de 1982, en el art. 49: "El matrimonio, la familia, la madre y la descendencia están protegidos por el Estado. Ambos cónyuges tienen el deber de practicar la planificación familiar. Los padres tienen el deber de criar y educar a sus hijos menores de edad, y los hijos adultos tienen el deber de apoyar y ayudar a sus padres. Está prohibida la violación de la libertad del matrimonio. Está prohibido el maltrato a los ancianos, las mujeres y los niños". Así, D'ATOMA, S.: *Famiglie interrotte. Violenza domestica e divorzio nella recente legislazione della Repubblica Popolare Cinese*, cit., pág. 14.

24 A fin de garantizar una mayor protección de la mujer, el Tribunal Supremo Popular introdujo interpretaciones sobre determinadas cuestiones relativas a las decisiones de los tribunales populares sobre la manutención de los hijos en los casos de divorcio relacionados con la custodia de los hijos, los acuerdos relativos a la división de los bienes y la manutención, véase. PALMER, M.: "Protecting the Health of Mothers and Their Children: Developments in the Family Law of the People's Republic of China, 1995", *The International Survey of Family Law*, 1995, p. 107 y ss.

25 PALMER, M.: "Transforming Family Law in post-Deng China: marriage, divorce and reproduction", *The China Quarterly*, 2007, pp. 675-695.

La injerencia del Estado en la vida privada y en la intimidad de los cónyuges se manifiesta una vez más, con una disposición que enuncia una serie de principios y deberes morales que deben respetarse en el matrimonio, haciendo hincapié en el deber de fidelidad mutua, con la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios al cónyuge que haya cometido bigamia, cohabitación ilegal, violencia familiar o abandono en perjuicio de los familiares. También se sanciona la prohibición de la convivencia *more uxorio*. La definición de dicha cohabitación dada por el Tribunal Supremo Popular, como una circunstancia fáctica en la que una “persona casada vive de manera permanente y continua, no como marido y mujer, sino con otra persona del sexo opuesto que no sea su cónyuge”,²⁶ está actualmente recogida por el nuevo Código Civil de 2021 en el Libro V “Sobre el matrimonio y la familia”, art. 1042.

Se complementan las normas relativas al régimen económico familiar, mejorando la capacidad de la mujer para trabajar en el hogar, de modo que también se beneficia de las adquisiciones realizadas por su marido. La ley de 2001 también introduce penas para la parte que, durante el divorcio, trate de ocultar alguna porción de los bienes que caen en la comunidad²⁷.

Con una legislación posterior sobre el matrimonio en 2011, se especifican otros derechos y deberes recíprocos, inherentes al bienestar de la familia. La obligación de observar las nuevas formas de pertenencia de los bienes entre los cónyuges, con la introducción de una norma que enumera cuáles de ellos constituyen bienes comunes y cuáles, por el contrario, deben considerarse bienes del cónyuge individual, con el reconocimiento en cabeza de la mujer de relaciones jurídicas más lejanas que en el pasado, reflejan el proceso de reformas que han llevado al reconocimiento de la propiedad privada y a las transformaciones sociales y económicas que han afectado a todas las áreas de la ley china.

El art. 39 de la Ley de 2011 establece que el marido y la mujer pueden solicitar un acuerdo para disponer de sus bienes en comunidad legal en el momento del divorcio. De forma diversa, el Tribunal Popular emitirá un fallo basado en los derechos e intereses de los hijos y la esposa. Sin embargo, dado que los procedimientos judiciales pueden llevar demasiado tiempo y, por lo tanto, son costosos y estresantes, las parejas divorciadas generalmente han preferido negociar en privado la división de los bienes familiares de la comunidad de bienes²⁸.

26 D'ATTOMA, S.: *Famiglie interrotte. Violenza domestica e divorzio nella recente legislazione della Repubblica Popolare Cinese*, cit., p. 16 y ss.

27 FENG, W.: “A Review of the Development of Marriage Law in the People's Republic of China”, *University of Detroit Mercy Law Review*, 2002, p. 331 y ss.

28 LI, K. y FRIEDMAN, S.L.: “Wedding marriage to the Nation State in modern China: legal consequences for divorce, property and women's rights”, AA.VV, *Domestic tensions, National anxieties: global perspectives on marriage, crises and nation* (coord. CELELLO, K. y KHOLOUSSY, H.), Nueva York, 2016, pp. 147-169.

En estos casos, cuando la pareja acuerda las condiciones del divorcio -incluyendo la división de bienes, la custodia y el mantenimiento de los hijos- puede solicitar directamente al Departamento de Registro de Matrimonios la inscripción del divorcio, por vía extrajudicial (actualmente regulada por los arts. 1076 y 1078 del Código Civil de 2021).

Sin embargo, en ausencia de una obligación de hacer explícita la coherencia de todo el patrimonio, las divisiones de bienes en el divorcio a menudo estaban desequilibradas en detrimento de la parte más débil (generalmente mujeres), tanto es así que con la Ley de la República Popular China sobre la Protección de los Derechos e Intereses de las Mujeres de 2022, se estipuló que durante el procedimiento de divorcio ambas partes tienen la obligación de declarar todos sus bienes comunes. Si una de las partes oculta, transfiere, vende, destruye o despilfarra estos bienes, en caso de divorcio, puede recibir una pequeña parte de los bienes conyugales o ninguna²⁹.

La necesidad de la legislación mencionada viene dada por la definición bastante amplia de “bienes comunes” contenida en el Código Civil de 2021, que incluye salarios, bonificaciones y otras remuneraciones por servicios prestados; ingresos por producción, operaciones comerciales e inversiones; ingresos por derechos de propiedad intelectual; bienes heredados y donaciones (art. 1062 del Código Civil 2021).

De esta forma, si en el pasado era preferible la negociación privada para evitar costos largos y procesales, hoy, en presencia de bienes particularmente cuantiosos, se utilizan los acuerdos pre y postmatrimoniales, para los cuales no se prescriben requisitos formales o procesales, salvo la obligación de que se estipule por escrito. A este respecto, el art. 1065 del Código Civil chino establece: “Un hombre y una mujer pueden convenir en que sus bienes prenupciales y los bienes que adquieran durante el matrimonio sean de su propiedad por separado o en común, o en parte de propiedad separada y en parte en común. El acuerdo debe constar por escrito. A falta de acuerdo o falta de claridad, se aplicarán los arts. 1062 y 1063 del presente Código. El acuerdo sobre los bienes prematrimoniales y los bienes adquiridos durante el matrimonio es legalmente vinculante para ambas partes del matrimonio. Si los cónyuges acuerdan que los bienes adquiridos durante el matrimonio se posean separadamente, la deuda contraída por uno de los cónyuges se extinguirá con sus bienes personales, en la medida en que el tercero interesado tenga conocimiento de tal acuerdo”.

29 MORLEY, J.D.: “Chinese divorce law: a major development”, 09 de agosto de 2023, disponible en <https://www.international-divorce.com/chinese-divorce-law-a-major-development>.

De la norma se desprende que los acuerdos pre o postmatrimoniales sólo pueden regular la propiedad de los bienes económicos y no los derechos intangibles. Sin embargo, en la práctica, el objeto de estos acuerdos se amplía para protegerse de una hipótesis de infidelidad, para regular un posible divorcio, incluyendo la guarda, educación y manutención de los hijos, con la prescripción de una elevada indemnización.

Aunque la jurisprudencia china parece estar dividida sobre la validez de algunas de estas cláusulas, en particular, la cláusula de infidelidad o adulterio, el derecho contractual regido por el Código Civil de 2021 podría llevar a su total aceptación. En efecto, el art. 464 establece que los contratos de matrimonio, adopción, tutela y las demás relaciones personales deben regirse por las leyes especiales que las regulen y, en su defecto, podrán aplicarse las disposiciones del derecho contractual general. Además, el art. 1091 amplía las causas tradicionales de culpabilidad (bigamia, convivencia con otros, violencia doméstica y maltrato o marginación de un miembro de la familia) que permiten al cónyuge perjudicado reclamar daños y perjuicios al otro cónyuge en el divorcio, añadiendo una cláusula general que da entrada a “cualquier otra falta grave”.

El alcance del nuevo código parece, por tanto, avalar y garantizar el uso de la autonomía privada. El único límite real seguiría siendo la constatación de un gran desequilibrio, desigualdad o injusticia entre los dos cónyuges, creado por estas cláusulas. En este caso, la jurisprudencia consolidada se pronuncia sobre la nulidad de las mismas y el juez puede intervenir para restablecer la equidad³⁰.

IV. EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA COMO CÉLULA FUNDAMENTAL PARA EL EQUILIBRIO DE LA SOCIEDAD CHINA.

Como se puede apreciar, a pesar de que las reformas posteriores del derecho de familia siempre están dirigidas a asignar y reconocer nuevos derechos y deberes para el bienestar de la familia y de los cónyuges, esto no cambia la connotación fuertemente pública de la institución familiar, como célula de la sociedad china y también núcleo económico de la misma, que integra un sistema de *welfare* subdesarrollado, donde los hombres y mujeres mayores, que no son aptos para el trabajo, dependen del apoyo financiero de sus familiares.

Interesante, el art. 21 de la ley de 2011, que establece: “Los padres tienen el deber de criar y educar a sus hijos; Los niños tienen el deber de apoyar y ayudar a sus padres. Si los hijos no cumplen con su deber, los padres que no pueden trabajar o tienen dificultades para mantenerse a sí mismos tienen derecho a exigir

30 TIAN, J.: “Spouse Infidelity Clause under Chinese Laws”, 30 de enero de 2023, disponible en <https://www.sinoblawg.com/spouse-infidelity-clause-under-chinese-laws/>

un subsidio a sus hijos". La Ley de Protección de los Derechos e Intereses de las Personas Mayores de 2012 contiene disposiciones similares. Por último, previsto en el art. 1067 del Código Civil 2021, se establecen las obligaciones recíprocas de manutención entre padres e hijos.

Las obligaciones legales a las que están constreñidos los miembros de la familia han perpetuado la importancia de los lazos y obligaciones de los cuidados intergeneracionales en la China actual³¹. Cabe señalar, de hecho, que el divorcio, en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, siempre tiene efectos patrimoniales, que en todo caso pertenecen esencialmente a los cónyuges. En el contexto sociopolítico chino, por otro lado, los sociólogos han realizado estudios de los que se puede deducir que las responsabilidades de los cónyuges que se separan no terminan con el divorcio, en primer lugar, ni con las necesidades educativas del hijo³². Además, las decisiones sobre si divorciarse y cuándo divorciarse no están determinadas únicamente por la pareja en cuestión, sino que son un asunto en el que la familia en general, incluidos los hijos, los abuelos y otros parientes, puede desempeñar un papel importante con respecto a los bienes familiares y cómo se dividen al final del matrimonio³³.

Curiosamente, la obligación legal de los hijos adultos de proporcionar apoyo financiero y de otra especie, a sus padres ancianos está teñida de preocupaciones adicionales sobre las opciones de vida de los padres. Si un progenitor viudo desea volver a casarse, su futuro cónyuge tiene derecho a todos los bienes que posea, con efectos sobre la sucesión *mortis causa*. De hecho, los bienes adquiridos después del matrimonio por uno de los cónyuges se consideran, salvo prueba en contrario, bienes gananciales de ambos cónyuges. En particular, las herencias y donaciones recibidas por uno de los cónyuges después del matrimonio están sujetas al régimen de comunidad de bienes, a menos que se demuestre que están destinadas a un solo cónyuge (art. 1062 CC de 2021).

Asistimos, pues, a un fenómeno social inverso. A modo de ejemplo, ya se ha mencionado que el matrimonio en China se considera tradicionalmente no como el resultado de una elección individual, sino como un acuerdo entre dos familias, con la necesaria participación de los padres de la pareja. Estos últimos desempeñaban un papel activo en la selección del cónyuge y en la decisión sobre el matrimonio de sus hijos adultos, eligiendo a un cónyuge cuya familia correspondiera a su *condición* social. Esto se debe a que se creía que los antecedentes parentales de una persona tenían un impacto negativo o positivo en las experiencias educativas, laborales y de socialización de la

31 Qi, X.: "Family bond and family obligation: continuity and transformation", *Revista de sociología*, núm. 1, vol. 52, 2016, p. 39 y ss.

32 Qi, X.: "Filial obligation in contemporary China: evolution of the culture-system", *Journal for the theory of social behaviour*, núm. 1, vol. 45, 2015, p. 141 y ss.

33 Qi, X.: *Remaking Families in Contemporary China*, cit., p. 116 y ss.

pareja. Era, por lo tanto, una manifestación del ambiente social en el que el matrimonio sería bendecido y reconocido por parientes y conocidos³⁴.

La Revolución Cultural China posterior a Mao ha reducido decisivamente, si no eliminado, la interferencia de los padres en la elección del matrimonio, pero el miedo a perder los derechos hereditarios ha llevado al fenómeno opuesto de los hijos que obstruyen el nuevo matrimonio de los padres³⁵. Cuando dicho matrimonio entraña derechos patrimoniales para la nueva pareja, sobre la base del reconocimiento social y político de la familia como unidad de cuidado y asistencia a los ancianos, los hijos mayores de edad pueden intervenir alegando que el posible cónyuge tiene una motivación económica y se beneficia del progenitor anciano³⁶. En otros casos, se disuadió a los propios ancianos de volver a casarse porque les preocupaba que la oposición de sus hijos adultos tuviera consecuencias para su manutención en casos de necesidad en el futuro³⁷.

El alivio de esta situación surge de la Ley del Matrimonio de 2011 que inserta una nueva disposición, la cual prohíbe a los hijos bloquear el nuevo matrimonio de uno de los padres. El art. 30 dice: “Los hijos respetarán el derecho de sus padres a contraer nuevas nupcias. No se les permite interferir en el nuevo matrimonio de sus padres ni en su vida ni después del nuevo matrimonio. El deber de los hijos de mantener a sus padres no termina con el cambio del contrato matrimonial de los padres”. Al mismo tiempo, el art. 21 de la Ley de Adultos Mayores de 2012 reconoce expresamente el derecho de los ancianos a volver a casarse, a dividir y distribuir sus bienes como consideren oportuno, libres de cualquier impedimento de los hijos u otros parientes, o de los intentos de obtener dichos bienes por la fuerza. De esta forma, se establecen normas codificadas en el art. 1069 del Código Civil de 2021, tituladas “Deber de los hijos de respetar el derecho de sus padres al matrimonio y su deber de manutención”.

Lo que se ha explicado brevemente muestra cómo la familia en China está influenciada y sigue las transformaciones socioeconómicas y políticas del país y cómo las instituciones sobre el divorcio, filiación y régimen patrimonial han sido utilizadas por la ley como instrumentos de poder y control social. De hecho, mientras que en el pasado la familia tradicional, entendida en el sentido extendido de clan, se disciplinaba a través de una serie de reglas que eran reconocidas incluso en el exterior sin la interferencia de la autoridad, con el advenimiento del socialismo, el comunismo y la República Popular

34 Sobre los cambios en los criterios que rigen la elección del cónyuge, los procedimientos de negociación, la edad para contraer matrimonio y sus formas rituales y ceremoniales, véase CROLL, E.J.: *The politics of marriage in contemporary China*, Cambridge, 1981, p. 24 y ss.

35 PALMER, M.: “Transforming Family Law in post-Deng China: marriage, divorce and reproduction”, cit., p. 679 y ss.

36 SHA, H.: *Care and ageing in North-West China*, Berlín, 2017, p. 258.

37 SUN, X.H. y SONG, T.: “Obstacles and opportunities regarding remarriage of rural elderly: a study based on surveys of villages in Hubei and Jiangxi Provinces”, *Scientific research on aging*, núm. 9, vol. 2, 2014, pp. 20-27 (idioma chino original).

China, son las normas de producción política las que se imponen al sistema normativo dentro de la familia (a veces con resistencia) para modificar sus relaciones³⁸.

V. CONCLUSIÓN.

No sería de gran importancia estudiar las diferencias normativas del nuevo código civil chino en materia de familia, si no reconocemos que la institución de la familia y el divorcio en China implican diversos y complejos factores que en muchos sentidos indican las características de una sociedad en una fase de cambio social y económico, sujeta también a un tipo particular de gestión política que se nutre de tradiciones culturales distintas a las de otras naciones. Así se desprende del propio Código Civil de 2021 que, en su art. 1041, establece el principio general sobre el matrimonio y la familia: "El matrimonio y la familia están protegidos por el Estado. Se adopta un ordenamiento matrimonial basado en la libertad del matrimonio, el sistema monógamo y la igualdad entre hombres y mujeres. Se protegen los derechos e intereses legítimos de las mujeres, los menores, las personas mayores y las personas con discapacidad".

El vínculo ininterrumpido con la tradición se atestigua también por el hecho de que la heterosexualidad sigue siendo el fundamento absoluto del matrimonio y ni el principio de igualdad ni el de la autodeterminación pueden legitimar la tergiversación de tales contenidos³⁹. Sin embargo, la circunstancia de que la ley china no reconoce los derechos ni las obligaciones matrimoniales a los convivientes, independientemente de la duración de la relación de convivencia. El reconocimiento legal de esta relación, como matrimonial, solo puede tener lugar con el registro formal en las oficinas locales competentes. Esto ha creado una ruptura indudable con las costumbres familiares tradicionales, donde el matrimonio concertado por las familias era válido en virtud de la sola unión de hecho. Por lo tanto, es evidente que la inscripción del matrimonio, más que un acto meramente administrativo, se concibe como una especie de responsabilidad civil del individuo.

De hecho, las investigaciones de los sociólogos muestran que la familia china sigue siendo la fuente de la identidad de una persona y que las relaciones con los miembros de la familia siguen siendo significativas para cada uno de ellos, a lo largo de sus vidas. Las relaciones familiares tienen valor para las personas como un referente duradero en la prestación y recepción de apoyo, tanto material como afectivo. Esto también se tiene en cuenta en las familias jóvenes en las que ambos padres trabajan y necesitan cuidado de los niños y ayuda con las tareas domésticas.

38 FERRARI, V.: *Diritto e società: elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari, 2008, p. 115 y ss.; POCAR, V. y RONFANI, P.: *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 9 y ss.

39 LO IACONO, P.: "La sorprendente 'sinfonia' tra chiesa cattolica e Repubblica Popolare Cinese (a proposito del diritto naturale e dell'eterosessualità del matrimonio)", AA.VV.: *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico* (coord. SACCOCCIO, S. y PORCELLI, S.), cit., p. 293 y ss.

En estos casos, el medio más fiable, incluso económico, de obtener dicha ayuda son los abuelos y sus propios hijos. La familia, por lo tanto, tiene un valor en sí mismo, que debe ser preservado a través de la procreación y las reclamaciones de descendencia y parentesco⁴⁰.

En última instancia, a pesar de que el derecho a la plena autonomía de las personas en la elección de su cónyuge está ampliamente reconocido (expresamente codificado en el art. 1042 que prohíbe los matrimonios concertados, los matrimonios por compra y otros actos que interfieren con la libertad del matrimonio; prohíbe la solicitud de dinero u otros bienes por razón del matrimonio), parece que los jóvenes siguen estando limitados por preferencias y oportunidades conferidas por la posición social de uno y la percepción tradicional china de lo que significa un buen matrimonio.

De este panorama general surge una posible explicación de por qué es muy difícil encontrar sentencias de divorcio de tribunales extranjeros, que dicten fallos sobre asuntos estrictamente familiares, relacionados con cónyuges chinos. Y también es significativo que, si bien las sentencias de divorcio extranjeras son generalmente reconocidas en China, las decisiones de los tribunales extranjeros sobre la división de bienes, la custodia y la manutención de los hijos no son reconocidas por los tribunales chinos, a menos que los tratados bilaterales de asistencia judicial dispongan lo contrario⁴¹.

40 Qi, X.: *Remaking Families in Contemporary China*, cit., p. 185 y ss.

41 Véase un estudio más profundo, el de NAPOLITANO, *La familia en el nuevo código civil chino de 2021*, de esta revista.

BIBLIOGRAFÍA

BECKER, G.S.: "A theory of marriage: Part I", *The Journal of Political Economy*, núm. 4, vol. 81, 1973, pp. 813-846.

BOGGIO, I.: "La politica del figlio unico in Cina", 25 de junio de 2021, disponible en <https://mondointernazionale.org/post/la-politica-del-figlio-unico-in-cina#:~:text=Nel%201979%20i%20pianificatori%20familiari,negli%20articoli%2025%20e%2049>.

CHERLIN, A.J.: *Marriage, divorce, remarriage*, Cambridge, 1981.

CROLL, E.J.: *The politics of marriage in contemporary China*, Cambridge, 1981.

D'ATTOMA, S.: *Famiglie interrotte. Violenza domestica e divorzio nella recente legislazione della Repubblica Popolare Cinese*, Venecia, 2022.

DIAMANT, N.J.: *Revolutionizing the family: politics, love and divorce in urban and rural China, 1949-1968*, Barkeley, 2000.

DURSI, D., MASI, A., DILIBERTO, O., HUANG, M., y XU, D.: *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa, 2021.

EVANS, H.: *Women and sexuality in China*, Cambridge, 2007, p. 115.

FATIGUSO, R.: "La Cina completa la svolta: ok a nuova legge sui tre figli per coppia", 20 de agosto de 2021, disponible en https://www.ilsole24ore.com/art/la-cina-completa-svolta-ok-nuova-legge-tre-figli-coppia-AEPojtd?refresh_ce=1

FENG, W.: "A Review of the Development of Marriage Law in the People's Republic of China", *University of Detroit Mercy Law Review*, 2002, p. 331.

FERNÁNDEZ, R. y ROGERSON, R.: "Sorting and long-term inequality", *Quarterly Journal of Economics*, núm. 6, vol. 116, 2001, pp. 1305-1341.

FERRARI, V.: *Diritto e società: elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari, 2008.

FERRO, N.: "Cina, l'insostenibile figlio unico", 09 de noviembre de 2007, disponible en <https://lavoce.info/archives/24574/cina-linsostenibile-figlio-unico/>

FRIEDMAN, S.L.: *Intimate politics: marriage, the market, and State power in the Southeastern China*, Cambridge, 2006, pp. 20-350.

HAN, H.: "Trends in educational assortative marriage in China from 1970 to 2000", *Demographic Research*, núm. 24, vol. 22, 2010, pp. 733-770.

HU, Y.: "Marriage of matching doors: Marital sorting on parental background in China", *Demographic Research*, núm 20, vol. 35, 2016, pp. 557-580.

KALMIJN, M.: "Status homogamy in the United States", *American Journal of Sociology*, núm. 2, vol. 97, 1991, pp. 496-523.

LI, K. y FRIEDMAN, S.L.: "Wedding marriage to the Nation State in modern China: legal consequences for divorce, property and women's rights", AA.VV. *Tensiones domésticas, ansiedades nacionales: perspectivas globales sobre el matrimonio, las crisis y la nación* (coord. CELELLO, K. y KHOLOUSSY, H.), Nueva York, 2016.

LO IACONO, P.: "La sorprendente 'sinfonia' tra chiesa cattolica e Repubblica Popolare Cinese (a proposito del diritto naturale e dell'eterosessualità del matrimonio)", AA.VV.: *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico* (coord. SACCOCCIO, S. y PORCELLI, S.), Modena, 2021.

LU, Y.: "Is 'marriage' of matching doors more stable? An empirical analysis of marital sorting and risk of divorce in China", (original en chino: 门当户对的婚姻更稳定吗?婚姻匹配和离婚风险分析), *Population Research* (人口研究), núm. 2, vol. 33, 2009, pp. 81-91.

MANN, S.: *Gender and sexuality in modern Chinese history*, Cambridge, 2011.

MORLEY, J.D.: "Chinese divorce law: a major development", 09 de agosto de 2023, disponible en <https://www.international-divorce.com/chinese-divorce-law-a-major-development>

PALMER, M.: "Transforming Family Law in post Deng China: marriage, divorce and reproduction", *The China Quarterly*, 2007, págs. 675-695.

PALMER, M.: "Protecting the Health of Mothers and Their Children: Developments in the Family Law of the People's Republic of China, 1995", *The International Survey of Family Law*, 1995, p. 107.

PLATTE, E.: "Divorce, trends and patterns in China: past and present", *Pacific affairs*, vol. 61, 1988, pp. 428-445.

POCAR, V. y RONFANI, P.: *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2003.

QI, X.: "Family bond and family obligation: continuity and transformation", *Revista de sociología*, núm. 1, vol. 52, 2016, pp. 39-52.

QI, X.: "Filial obligation in contemporary China: evolution of the culture-system", *Journal for the theory of social behaviour*, núm. 1, vol. 45, 2015, pp. 141-161.

QI, X.: *Remaking Families in Contemporary China*, Oxford, 2021.

QIAN, Y. y QIAN, Z.: "The gender divide in urban China: Singlehood and assortative mating by age and education", *Demographic Research*, núm. 45, vol. 31(45), 2014, pp. 1337-1364.

RUGGLES, S.: "The rise of divorce and separation in the United States 1880-1990", *Demography*, núm. 4, vol. 34, 1997, pp. 455-466.

SACCOCCIO, S. y PORCELLI, S.: *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Módena, 2021.

SHA, H.: *Care and ageing in North-West China*, Berlín, 2017.

SUN, X.H. y SONG, T.: "Obstacles and opportunities regarding remarriage of rural elderly: a study based on surveys of villages in Hubei and Jiangxi Provinces", *Scientific research on aging*, núm. 9, vol. 2, 2014, pp. 20-27 (idioma chino original).

TIAN, J.: "Spouse Infidelity Clause under Chinese Laws", 30 de enero de 2023, disponible en <https://www.sinoblawg.com/spouse-infidelity-clause-under-chinese-laws/>

WU, X. y TREIMAN, D.J.: "Inequality and equality under Chinese socialism: The hukou system and intergenerational occupational mobility", *American Journal of Sociology*, núm. 2, vol. 113, 2007, pp. 415-445.

XU, X. y WHYTE, M.K.: "Love matches and arranged marriages: A Chinese replication", *Journal of Marriage and the Family*, núm. 3, vol. 52, 1990, pp. 709-722.

XU, X., JI, J. y TUNG, Y.Y.: "Social and political assortative mating in urban China", *Journal of Family Issues*, núm. 1, vol. 21, 2000, pp. 47-77.

ZANG, X. y ZHAO, L.X.: "State of the field: the family and the marriage in China", AA.VV.: *Handbook on the Family and Marriage in China* (coord. ZANG, X. y ZHAO, L.X.), Cheltenham, 2017.

ZENG, Y.: *Studies of divorce, in the 1980s in China*, Pekín, 1995.

LA FAMILIA Y EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD EN CHINA
THE FAMILY AND THE PROPERTY REGIME IN CHINA

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 108-129

Elena
NAPOLITANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El análisis sistemático del nuevo Código Civil de la República Popular China representa un instrumento privilegiado de investigación comparativa y un referente fundamental para la actividad hermenéutica del intérprete de derecho civil. El diálogo entre sistemas jurídicos heterogéneos cobra especial relevancia en las áreas de los derechos fundamentales y el derecho de familia, donde surgen importantes implicaciones regulatorias, en particular en lo que respecta a la regulación de los regímenes económicos matrimoniales.

PALABRAS CLAVE: Código Civil chino; efectos patrimoniales; régimen jurídico de la familia; divorcio *per saltum*; protección del matrimonio en China.

ABSTRACT: *The systematic analysis of the new Civil Code of the People's Republic of China represents a privileged instrument of comparative investigation and a significant point of reference for the hermeneutic activity of the civil law interpreter. The dialogue between heterogeneous legal systems is particularly relevant in the areas of fundamental rights and family law, where significant regulatory implications emerge, particularly regarding the regulation of matrimonial property regimes.*

KEY WORDS: *Chinese Civil Code; effects of property; family law; divorce per saltum; protection of marriage in China.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CÓDIGO CIVIL CHINO.- III. LA PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO EN CHINA.- IV. LA LIBERTAD DE DIVORCIARSE.- V. RELACIONES PATRIMONIALES.- VI. REGLAMENTO UE 2016/1103.- VII. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES REGISTRADAS.

I. INTRODUCCIÓN.

La experiencia jurídica china representa la síntesis perfecta de un proceso cultural multifacético, donde las diversas etapas de innovaciones jurídicas que se han producido se han solapado con las del pensamiento chino antiguo, generando una diagénesis de modelos pertenecientes a diferentes épocas. La necesidad de adaptar el marco normativo a los continuos cambios de la realidad socioeconómica o, en general, al multilateralismo¹ ha dado lugar a un sistema articulado de fuentes, de orígenes diversos, que genera fragmentación y flexibilidad jurídica, así como un “pluralismo jurídico”. Es en este escenario en el que el Estado encubre una normativa de una función política, esbozando así un modelo jurídico chino mucho más unificado en las últimas décadas.

En este contexto, la construcción de un Estado de Derecho socialista con peculiaridades chinas ha jugado un papel decisivo; la evolución cualitativa del derecho chino, en línea con los principios del derecho internacional y, más recientemente, con la entrada en vigor, el 1 de enero de 2021, de un código civil orgánico.

Si, por un lado, el nuevo Código Civil chino es la expresión de una elaboración destinada a llenar el “vacío” que se había creado con la derogación del primer Código Civil chino (1931) querido por Mao en 1949 poco después del nacimiento de la República Popular China, por el otro lado, revela una brecha entre lo real y lo simbólico².

II. EL CÓDIGO CIVIL CHINO.

En China continental, la adopción del Código Civil de la República Popular China ha sido evaluada como el acontecimiento jurídico del siglo XXI comparable

1 CAFFARENA, A.: “I cruciali anni Venti. Competizione a somma zero, Cina e multilateralismo”, *OrizzonteCina*, núm. 2, 2021, pp.1-20.

2 STAIANO, M. F.: “La Comunità di destino condiviso per l'umanità come espressione di un nuovo umanesimo giuridico cinese: elementi interni e dimensioni internazionali”, *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e argomentazione giuridica*, núm. 2, 2021, pp. 185-192.

en importancia y trascendencia a la promulgación del Código Civil francés y del BGB en 1804 y 1900, respectivamente.

No es casualidad que la prensa internacional y nacional haya comparado repetidamente la imagen del presidente de la República Popular, Xi Jinping, con la fuerte personalidad de Napoleón Bonaparte.

Así como el Código Civil es al mismo tiempo “un símbolo”, “una idea”, “un mito”, el final de un itinerario, del derecho a la *loi*³, de la misma manera el Código Civil chino representa un acto de ruptura con el pasado y una proyección hacia el futuro. Ya en 2016, de hecho, Chen Zhimin escribió que el mundo estaba cambiando y con él el orden internacional⁴.

Después de un siglo plagado de intentos (hay al menos cinco), luego abortados, de redactar un código civil, el 28 de mayo de 2020 la Asamblea Popular Nacional aprobó definitivamente el texto del nuevo código civil chino, cuyo alcance innovador no puede comprenderse en su totalidad sin tener en cuenta las peculiaridades de la antigua cultura china y el pragmatismo que siempre ha caracterizado a ese pueblo.

Con 2879 votos a favor, 2 en contra y 5 abstenciones, el código se presenta como una representación plástica de un largo período de elaboración que ha constituido un excelente campo de entrenamiento, tanto para los juristas chinos como para las clases dirigentes, para ir adquiriendo una mayor familiaridad con el sistema romano, así como un paso importante para la modernización y mejora del Estado de Derecho⁵.

Así, el presidente Xi Jinping, ese mismo día de mayo, procedió a promulgar el texto del nuevo Código que entró en vigor el 1 de enero de 2021.

Se trata, sin duda, de un acontecimiento trascendental que ha determinado el ocaso definitivo de la era de la decodificación y el nacimiento de una nueva era que pone en primer plano la idea de seguridad jurídica, por lo demás ya anunciada por el nuevo código brasileño de 2002 y el nuevo código argentino de 2014⁶.

3 VARANO, V. Y BARSOTTI, V.: *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 6ª ed., 2018, p. 125.

4 ZHIMIN, C.: “China, the European Union and the Fragile World Order”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, núm. 4, 2016, pp. 775-792.

5 Véase el artículo sobre *Quishi*, escrito por XI JINPING, publicado el 15 de junio de 2020. “充分认识颁布实施民法典重大意义_依法更好保障人民合法权益” (trad. ingl.: *Fully understand the significance of the promulgation and implementation of the Civil Code to better protect the people's legitimate rights and interests*). Disponible en el enlace: http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-06/15/c_1126112148.htm. Para una visión general de las líneas esenciales que han caracterizado la evolución del derecho civil en China, véase SCHIPANI, S.: “Diritto romano in Cina”, *XXI Secolo. Norme e idee*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2009, pp. 527-536.

6 DURSÍ, D.: “Il Codice Civile Cinese: tra tradizione romanistica e socialismo con caratteristiche cinesi”, *Tigori: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, núm. 2, 2021, pp. 177-184.

III. LA PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO EN CHINA.

No cabe duda de que el nuevo texto del código⁷, que consta de 1260 artículos divididos en VII libros y que no pretende ser exhaustivo, es una expresión viva del vínculo entre el sistema jurídico chino y la tradición romana⁸, sin dejar de lado las diferentes tradiciones, respetando las particularidades de cada una de ellas. Pensemos en el derecho tradicional chino, que durante mucho tiempo se confió a la costumbre en el sector privado; Derecho occidental del siglo XX, el llamado “siglo XX” los modelos burgueses, incluyendo tanto el derecho civil como el derecho del *common law*; el derecho de los países del llamado socialismo real, que, aunque atemperado y adaptado, ha influido en las normas del nuevo Código Civil relativas a la propiedad y otros derechos reales⁹.

La presencia de aportaciones tan heterogéneas y las repercusiones de las numerosas transformaciones sociales y económicas que han afectado a todos los ámbitos del derecho chino en los últimos veinte años han involucrado inevitablemente, directa o indirectamente, al modelo de familia presente en la sociedad, a los métodos de ejercicio de la finalización del vínculo matrimonial, así como a la regulación de las relaciones patrimoniales.

En un mundo donde el reconocimiento de los derechos humanos y el “constitucionalismo global”¹⁰ tienden a desarrollarse cada vez más, la República Popular China representa la excepción más importante y el área de reticencia, debido a sus valores confucianos profundamente arraigados de salvaguardar el interés colectivo como antiindividualista¹¹.

7 CARDILLO, I.: “La legislazione cinese e il ruolo della Suprema corte del popolo”, *Mondo Cinese*, núm. I, 2019, pp. 55 ss.

8 Así también CARDILLI, I.: “Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della RPC”, *Mondo Cinese. Rivista di Studi sulla Cina Contemporanea*, núm. 167, 2020, p. 28; véase también Id., “Diritto cinese”, cit., en CARDILLI, I. y PORCELLI, S.: *Introduzione al diritto cinese*, Torino, 2020, pp. 70 ss.

9 Cf. PORCELLI, S.: “Derecho chino y la tradición romana. Terminología y sistema”, *BIDR*, 2016, núm. 110°, p. 253 ss.; Id., “El Nuevo Código Civil de la República Popular China. Observaciones desde la perspectiva del diálogo con la tradición romana”, *Studium Iuris*, núm. 7/8, 2020, p. 814; TIMOTEO M.: “El Código Civil en China: ¿más allá de los ‘trasplantes legales?’”, *Mondo Cinese*, vol. 167, 2019, pp. 13 ss.

10 LAW, D. S. Y VERSTEEG, M.: “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, *California Law Review*, vol. 99, 2011, pp. 1162 ss.

11 ANGLE, S. C., (2010). RUIPING, F.: “Reconstructionist Confucianism: Rethinking Morality After the West.” *Dao*. 9. 10.1007/s11712-010-9178-x.

La propia Constitución de la República Popular China¹² ha sancionado el reconocimiento de la plena protección del matrimonio¹³ y, por ende, de la familia¹⁴, por parte del Estado (art. 49)¹⁵, como núcleo fundamental de la sociedad, así como un bien jurídico primario que, sin embargo, no debe dañar el orden social y, por lo tanto, entrar en conflicto con el interés público (art. 51)¹⁶.

El ordenamiento jurídico brinda protección a aquella unidad familiar que es resultado de la igualdad de los cónyuges, reconociéndoles la facultad de autorregular el ejercicio de los derechos personales para la realización de la unidad. Sin embargo, sería un error relacionar el problema de la disolubilidad del matrimonio exclusivamente con el principio de conservación¹⁷ y, por tanto, de estabilidad, porque las libertades individuales se ven atenuadas por deberes de solidaridad económica, política y social, como el de hacer responsables a las personas. De ello se deduce que la separación y el divorcio, tras la comprobación de la desintegración de la comunidad jurídica y espiritual, son ambos remedios para la protección de los miembros de la familia¹⁸.

12 SPAGNOLI, F.: "La riforma della Costituzione cinese: un'analisi della revisione costituzionale del 2018 e dei suoi caratteri principali", *DPCE online*, núm.1, 2019, pp. 129-163.

13 Contrariamente al ordenamiento canónico, el nuevo código de la República Popular China no contempla una definición clara de la institución del matrimonio desde el punto de vista estructural y finalista, que solo se puede encontrar indirectamente, a través del análisis de algunas normas particularmente significativas. El orden canónico define el *foedus nuziale* en el can. 1055 del *Codex Iuris Canonici Latino* (donde el *matrimonium in fieri* se define como "el pacto matrimonial por el cual un hombre y una mujer establecen entre sí la comunidad de toda la vida, por su naturaleza, ordenada al bien de los esposos y a la generación y educación de la prole") y al can. 776 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (según la cual "la alianza matrimonial fundada por el Creador y estructurada por sus leyes, por la cual un hombre y una mujer establecen entre sí la comunidad de toda la vida con un consentimiento personal irrevocable, está por su naturaleza natural ordenada al bien de los esposos y a la generación y educación de los hijos". Es importante señalar que el derecho canónico pertenece a la "familia" de los derechos religiosos; el sistema jurídico de la República Popular China, por otro lado, a la "familia" de los derechos seculares. Sobre este aspecto, con más detalle, véase LO IACONO, P.: "La sorprendente 'sinfonia' tra Chiesa Cattolica e Repubblica popolare cinese (a proposito del diritto naturale e dell'eterosessualità del matrimonio)", en SACCOCCIO, A. y PORCELLI, S.: *Codice Civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Modena, 2021, pp. 293 ss.

14 DI COSTANZO, L.: "La comunidad china y el vínculo matrimonial", en esta revista, donde se explora cómo la evolución del derecho de familia chino moderno y contemporáneo, caracterizado por una legislación con fuertes connotaciones políticas, se compone de varias fases: la primera se identifica tanto en la legislación republicana como en la comunista anterior a 1949; la segunda se remonta a la legislación comunista de la República Popular China en 1950; la tercera se identifica en la de las reformas post-maoístas de 1980; luego están los cambios que tuvieron lugar a principios de 2001 y en 2011 y, finalmente, el más reciente que se determina con la promulgación del nuevo Código Civil Chino. La periodización indicada coincide con las principales transformaciones políticas que tuvieron lugar en China y a cada una de ellas se le pueden atribuir uno o varios textos de referencia: el Libro de la Familia en el Código Civil del Guomindang y el Reglamento de Matrimonio del PCC, ambos de 1931; la Ley de matrimonio de 1950; la Ley de matrimonio de 1980; la novella de 2001 y 2011.

15 Art. 49 de la Constitución de la República Popular China: "Marriage, the family and mother and child are protected by the state. Both husband and wife have the duty to practice family planning. Parents have the duty to rear and educate their children who are minors, and children who have come of age have the duty to support and assist their parents. Violation of the freedom of marriage is prohibited. Maltreatment of old people, women and children is prohibited".

16 Art. 51 Constitución de la República Popular China: "Citizens of the People's Republic of China, in exercising their freedoms and rights, may not infringe upon the interests of the state, of society or of the collective, or upon the lawful freedoms and rights of other citizens".

17 PENNASILICO, M.: "L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale", *Riv. dir. civ.*, 2003, pp. 708 ss.

18 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, vol. III, 2020, p. 395.

En los procedimientos de disolución del vínculo matrimonial, el intérprete puede ejercer poderes de control de los acuerdos patrimoniales y existenciales a favor de personas “vulnerables”, pero no de control de la libertad de divorciarse que, al igual que la libertad del matrimonio, es la expresión de una voluntad individual.

La institución del divorcio¹⁹ se declina en cada país de la misma manera que su propia tradición cultural, a veces estableciendo límites cualitativos y cuantitativos a su recurso. No han faltado quienes²⁰ han argumentado que la mera existencia de normas que regulan la libertad de divorcio no permite entender este derecho como absoluto, sino que el propio procedimiento podría considerarse como una limitación.

Con respecto al contexto chino, se vuelve a destacar el dictado del art. 51 de la Constitución de la República Popular China, según el cual los derechos de los ciudadanos no deben entenderse en términos absolutos, ya que su ejercicio sigue estando subordinado al orden social²¹.

IV. LA LIBERTAD DE DIVORCIARSE.

Las escasas sentencias que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico se refieren principalmente a sentencias de divorcio ocurridas en los últimos años que se caracterizan, además de por su brevedad, por las particulares cuestiones de fondo abordadas.

Con respecto a este aspecto, debe aclararse de inmediato que para los ciudadanos chinos interesados en divorciarse en Italia es posible, previo acuerdo escrito con su cónyuge, excluir la aplicación de la ley italiana y sustituirla por la ley china (art. 5 del Reglamento UE 1259/2010²²), sin tener que activar previamente un procedimiento de separación matrimonial.

19 Para un marco sistemático, véase, GIORGIANNI, M., RESCIGNO, P., UNGARI P., AMATO, G., RODOTÀ, S.: “Cinque note sul divorzio”, *Politica del diritto*, 1970, pp. 354 ss.; SCHESINGER, P.: “Alcune osservazioni in tema di divorzio”, en AA.VV.: *Studi in onore di Scaduto G.*, vol. III, Padova, 1970, pp. 179 ss.; SANTORO PASSARELLI, G.: “Divorzio e separazione personale”, en AA.VV.: *Scritti in onore di Pugliatti S.*, vol. I, Milano, 1978, pp. 1853 ss.; PERLINGIERI P.: “Aspetti civilistici della separazione e del divorzio”, *Dir. e giur.*, 1979, pp. 770 ss.; SCALISI V.: “Divorzio persona e comunità familiare”, *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1984, pp. 755 ss.; TRABUCCHI, A.: “Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma”, *Riv. dir. civ.*, vol. II, 1987, pp. 125 ss.; FALZEA A.: “Note introduttive generali alla L. 898/1970”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por. G. CIAN, G. OPPO E A. TRABUCCHI), VI, Padova, 1993, pp. 59 ss.

20 XIA, Y. 夏吟兰, *Lihun ziyou yu xianzhi lun 婚自由与限制论* [La libertà di divorzio e i suoi limiti], Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe, 2007, p. 25.

21 D'ATTOMA, S.: “Il divorzio come espressione di libertà individuale: il caso cinese”, *Bollettino della Società Letteraria di Verona*, 2018, pp. 37-50.

22 En doctrina, CLERICI, R.: “Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale”, *Fam. dir.*, 2011, pp. 1053 ss.; VIARENGO, I.: “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 601 ss.

De esta forma, los cónyuges podrán acceder a la llamada institución del divorcio *per saltum*, es decir, pedir a los tribunales italianos que se declare el divorcio directamente, sin esperar el pronunciamiento previo de una sentencia judicial o separación consensuada. En China, de hecho, a diferencia de Italia, no existe una institución legal de separación.

Como resultado, el procedimiento de divorcio es más rápido. Los cónyuges que deseen divorciarse voluntariamente deben celebrar un acuerdo de divorcio por escrito sobre cuestiones como la manutención de los hijos, la división de los bienes y el tratamiento de las deudas, y solicitar el registro ante la autoridad de registro de matrimonios.

Sin embargo, para que el divorcio surta efecto, se requiere un “período de reflexión” (冷静期) de 30 días a partir de la fecha de la petición. Si durante este período no se produce ningún retiro de la solicitud por parte de ninguno de los cónyuges, la autoridad china competente expedirá el certificado de divorcio a condición de que la solicitud se confirme dentro de los 30 días siguientes a la expiración del “período de reflexión”. De lo contrario, la solicitud de registro de divorcio se considerará retirada.

De hecho, además del divorcio de mutuo acuerdo, el nuevo Código Civil también contempla la hipótesis en la que sólo uno de los cónyuges solicita el divorcio. En este caso, un órgano competente puede intentar la conciliación y, en caso de quiebra, se procede a la concesión del divorcio.

De particular importancia es la redacción del art. 1082 del Código Civil chino, según el cual el marido no puede pedir el divorcio durante el embarazo de su esposa, ni dentro del año siguiente a la vida del hijo; mucho menos, dentro de los seis meses posteriores a la terminación del embarazo.

El mismo artículo, sin embargo, también contempla dos excepciones: la primera, se produce cuando es la esposa la que pide el divorcio; la segunda se origina cuando es el propio Tribunal Popular el que considera que la demanda de divorcio presentada por el marido es digna de ser examinada.

Por supuesto, bien puede darse el caso en el que las dos partes tengan la intención de reunirse voluntariamente; en este caso, se debe presentar una nueva solicitud de registro del matrimonio ante la autoridad competente.

En el caso de un divorcio de los padres, la relación padre-hijo ciertamente no termina. Sin embargo, a diferencia de Italia, en China no existe la custodia compartida.

El art. 1084 del Código Civil chino establece que en caso de disolución del matrimonio, los hijos menores de dos años deben ser confiados a la madre. En el caso de los hijos que hayan cumplido dos años, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el Tribunal Popular confiará el niño al progenitor que considere más adecuado, de conformidad con el criterio del interés superior del niño. En el caso de que el niño tenga más de ocho años, se deberá respetar la voluntad real del menor. Sin embargo, cualquier acuerdo entre los cónyuges sobre la custodia compartida no está prohibido por la ley china.

China no es miembro activo de las convenciones internacionales sobre derecho de familia.

En general, las sentencias de tribunales extranjeros sobre la disolución de un matrimonio válido (o sobre los divorcios en sí) pueden ser reconocidas y ejecutadas en China siempre que al menos una de las partes sea ciudadana china (a través de la autenticación necesaria). Otras sentencias extranjeras relacionadas con la custodia de los hijos y la división de los bienes matrimoniales no se reconocen ni se ejecutan en China, a menos que las convenciones internacionales o los tratados bilaterales estipulen lo contrario.

La República Popular China firmó en 1991 un convenio internacional sobre cooperación judicial con el Estado italiano que, sin embargo, no es aplicable porque no regula cuestiones de jurisdicción.

De conformidad con el art. 32 de la Ley n.º 218 de 1995, el juez italiano solo es competente para resolver sobre el divorcio si el matrimonio se celebró en Italia o se celebró en China y luego se registró en Italia. El órgano jurisdiccional al que se remitirá será, por supuesto, el que tenga competencia territorial respecto a la última residencia, en la que tenga domicilio o residencia el cónyuge demandado.

Las pocas sentencias encontradas en Italia sobre los matrimonios chinos y los matrimonios mixtos se han referido principalmente a solicitudes conjuntas de disolución del matrimonio debido a la imposibilidad sobrevenida de reconstruir la comunión material y espiritual entre los cónyuges, donde declararon que designaban de mutuo acuerdo²³ la ley china sobre el divorcio, la llamada “Ley del Divorcio” *directo*, según la ley aplicable. De hecho, la norma mencionada establece que los cónyuges pueden, de mutuo acuerdo, incoar el divorcio y la separación personal de la ley del Estado del que uno de los cónyuges sea ciudadano en el momento de la celebración del acuerdo. Además de esto, de conformidad con el art. 31, párrafo 1, de la Ley N° 218/1995, se establece que la separación legal

23 Tribunal. Vercelli, 24.03.2022, núm. 318.

y la disolución del matrimonio están reguladas por la ley nacional común a los cónyuges en el momento de presentar la solicitud.

Más difícil es la aplicación de una ley extranjera en ausencia de un acuerdo entre las partes. Una sentencia del Tribunal de Mantova²⁴ examinó una hipótesis de inaplicabilidad de la ley china, aplicando la *lex fori*, es decir, la ley italiana, ya que uno de los cónyuges había permanecido en rebeldía, por lo que no se había llegado a un acuerdo sobre la aplicación de la ley china. A falta de acuerdo, es el mismo art. 8 del llamado Reglamento *La Roma III*, establece algunos criterios para determinar qué ley se aplica a la separación y al divorcio, con preferencia -de hecho- por la ley de la residencia habitual de los cónyuges.

Si no es posible identificar un lugar de residencia habitual, la ley aplicable será, por tanto, la ley de la que ambos cónyuges sean nacionales en el momento en que se presente la demanda ante el tribunal; por último, si los cónyuges tienen nacionalidades diferentes, se aplicará la ley del país en el que se presente la demanda (la denominada *lex fori*), es decir, la ley italiana si el procedimiento de separación o divorcio se inicia en Italia.

Surge claramente que la familia y los valores vinculados a ella siempre han estado a la base de la sociedad china, tanto que se ha exaltado su importancia desde el punto de vista de la construcción de una sociedad estable (*hexie shehui* 和谐社会) y, al mismo tiempo, armoniosa.

Se comprende, entonces, la elección del legislador de poner los buenos valores familiares al lado de los “deberes morales” de los esposos, promoviendo sus virtudes y alentando la construcción de una civilización de la familia.

V. RELACIONES PATRIMONIALES.

La posición y la relación entre los cónyuges en la familia en la sociedad china es un aspecto que inevitablemente también afecta el tema de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

La propia codificación de un sistema de comunión como régimen jurídico de la familia, bajo el código de 2021, derivaba del objetivo de lograr acciones solidarias dentro de la familia para proteger al cónyuge débil, hasta el punto de que algunos autores han considerado que el nuevo texto del código es una expresión del estrecho vínculo entre la codificación china y la tradición romana.

24 Tribunal. Mantova, 19.01.2016.

Antes del nuevo Código Civil de 2021, la regulación de los regímenes patrimoniales se encontraba en la Ley de Matrimonio²⁵ de la República Popular China y, precisamente, en los arts. 17, 18 y 19. En el último de los artículos citados se señalaban los distintos regímenes patrimoniales que, previo acuerdo, podían adoptarse. A falta de acuerdos diferentes, el régimen patrimonial legal preveía la comunidad de todos los bienes adquiridos a partir de la fecha del matrimonio, por lo tanto, con exclusión de los bienes personales prematrimoniales, así como el pago de tratamientos médicos o, en cualquier caso, de subsidios en el caso de que uno de los cónyuges se viera afectado por discapacidad y bienes de consumo y/u otros bienes de uso común.

El detalle, aunque “abierto”, de estos bienes adquiridos durante el matrimonio se encuentra en el art. 17 de la misma ley, que incluía los salarios, las bonificaciones y cualquier otro ingreso, ya fuera heredado o donado, o derivado de la propiedad intelectual.

Posteriormente, el impulso hacia la codificación de un sistema de comunión como régimen jurídico de la familia, bajo el código de 2021, surgió de la intención de lograr, análogamente al sistema romano, acciones de solidaridad dentro de la familia para proteger al cónyuge más débil.

En el art. 1058 del Código Civil, es fácil captar el mismo espíritu que representa el trasfondo cultural y afectivo que subyace en la comunidad conyugal, donde se justifica la provisión de la comunidad de bienes como régimen convencional de la familia, observando que “Los cónyuges tienen iguales derechos a mantener, educar y proteger a los hijos menores y asumir conjuntamente las obligaciones derivadas”.

El actual art. 1063 representa la transposición del art. 18 de la anterior ley sobre matrimonio, donde se confirman las exclusiones que caracterizan a los bienes que caen en la comunidad conyugal. Entre ellos se encuentran los bienes adquiridos antes del matrimonio por uno de los cónyuges; el resarcimiento o indemnización recibida por uno de los cónyuges por daños corporales; bienes

25 En 1950, tras el nacimiento de la República Popular China por Mao Ze Dong y la consiguiente derogación del Código Civil de 1931, se promulgó la llamada Ley matrimonial que proponía un tipo de familia basada en principios como la monogamia y la libertad matrimonial y en un sistema de derechos y deberes de los miembros de la familia. Uno de los principios fundamentales del sistema matrimonial reside en la hermosa igualdad mutua entre el hombre y la mujer. En doctrina, YUAN, Y.: *The Origins of the Chinese Communist Party's Early Marriage Law*, New York, 2017, pp. 52-53 e 56-59; TCHÉ-HAO T.: “Le droit de la famille en Chine Populaire”, *Revue internationale de droit compare*, núm. 2, 1972, pp. 388 ss. La referencia a la igualdad jurídica entre hombres y mujeres también se encontró en la Ley de 1980, que sustituyó a la Ley de 1950, obedeciendo, una vez más, la necesidad de que la única pareja legitimada para acceder al matrimonio sea la heterosexual. A este respecto, PALMER, M.: “The Reemergence of Family Law in Post-Mao China: Marriage, Divorce and Reproduction”, *The China Quarterly*, 1995, pp. 118 ss.; RUFO CLERICI, G.: “I coniugi cinesi in Italia: rapporto personali e patrimoniali”, *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 1211. Una nueva etapa en la evolución del ordenamiento jurídico chino estuvo marcada por las enmiendas introducidas en 2001 en la Ley de 1980, con las que el legislador pretendía consolidar las relaciones familiares y la protección de los derechos de la familia, célula fundamental de la sociedad. Cfr. XIAOQING, F.: “A Review of the Development of Marriage Law in the People's Republic of China”, *u. det. Mercy l. rev.*, 2002, pp. 331-368.

atribuidos a uno sólo de los cónyuges en un testamento o contrato de donación; productos utilizados exclusivamente por un cónyuge para la vida diaria; los demás bienes propiedad de uno de los cónyuges.

El mismo párrafo “El marido y la mujer tienen los mismos derechos cuando tienen bienes comunes”, actualmente contemplado en el art. 1062 del Código Civil, pero ya objeto de interpretación por parte del Tribunal Supremo Popular²⁶, pone de relieve la nueva visión de la familia dedicada a la igualdad de género, pero del dictado normativo se desprende claramente que la heterosexualidad del matrimonio no tiene un valor meramente accesorio, pero representa la esencia misma de la institución, en línea con la tradición legislativa de China.

El origen de la coincidencia de las posiciones adoptadas por la Iglesia Católica y la República Popular China con respecto a la heterosexualidad del matrimonio también se puede encontrar, no sin algunas diferencias, entre los fines de la unión matrimonial que ambos incluyen, a saber, la generación y educación de la descendencia, entendida no solo en un sentido amplio como la supervivencia de la descendencia, sino también como la transmisión de valores humanos y culturales a ella.

Un vínculo matrimonial que se caracteriza por la influencia y el papel clave que puede jugar la descendencia en la decisión de ponerle fin. El papel de los hijos en el divorcio puede ser a veces decisivo en la resolución de disolver el vínculo matrimonial. De hecho, estudios sociológicos consolidados han demostrado que a medida que aumenta la edad del hijo, disminuye su efecto sobre la estabilidad del matrimonio. En particular, se ha demostrado que después de los 12 años, la importancia de los hijos para la estabilidad matrimonial se reduce significativamente. En esta perspectiva, el cuidado de un niño a temprana edad implica un alto costo, ya que requiere más tiempo, esfuerzo y gasto que los necesarios para los adolescentes. Como resultado, los costos de disolver un matrimonio son más altos cuando los hijos son más pequeños. Al adoptar un enfoque de costo-beneficio, es más probable que los padres pospongan su decisión de divorciarse, al menos hasta que su hijo comience la educación universitaria.

Esta valoración puramente económica del matrimonio tiene repercusiones evidentes cuando falta la unión de intenciones que había dado origen a la relación matrimonial.

En el momento de la disolución del vínculo matrimonial, los bienes gananciales se dividen sobre la base de cualquier acuerdo entre las partes; en ausencia de

26 Se recordará, en efecto, que el reiteradamente citado art. 17 de la anterior ley matrimonial ya hablaba de ello.

tal acuerdo, el Tribunal Popular los distribuye con la única intención de proteger en primer lugar los intereses y derechos de los hijos, y luego de la esposa y/o la parte no culpable de dicha separación, tomando en cuenta el neto de las deudas contraídas conjuntamente o simuladas por uno de los dos cónyuges.

VI. REGLAMENTO UE 2016/1103.

Es evidente que el Derecho de familia se ha convertido en objeto del Derecho privado regulatorio de la Unión, cuya regulación refleja el objetivo de construir un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación de personas esté garantizada por medidas relativas a la cooperación judicial en materia civil con inevitables implicaciones transfronterizas y necesarias sobre todo para el buen funcionamiento del mercado interior.

En este punto es necesario mencionar los llamados «Reglamentos gemelos»²⁷ de 2016, aplicables a partir del 29 de enero de 2019, los cuales representan el resultado de una cooperación reforzada entre 18 Estados miembros, con el objetivo de simplificar los problemas de las parejas *transfronterizas*²⁸. Se ha reconocido que esos reglamentos constituyen una técnica de unificación jurídica y pueden aplicarse incluso cuando la ley designada no es la de un Estado miembro.

De hecho, la *ratio* de ser del Reglamento en cuestión parece garantizar la seguridad jurídica, evitando procedimientos paralelos y, por tanto, el denominado *Forum Shopping*.

El Reglamento UE 2016/1103 innova e integra las normas de la ley aplicable al régimen patrimonial familiar. Pasan de la aplicación de la ley nacional común a la aplicación de la ley de su primera residencia habitual común, después de la celebración del matrimonio²⁹.

Si bien la norma tiene entre sus objetivos el de crear una sinergia entre *forum* y *jus*, con el fenómeno de la migración, el intérprete podría encontrarse ante

27 LAGARDEM, P.: "Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés", *Riv. Dir. int. Priv. proc.*, 2016, pp. 676 ss; JOUBERT, N.: "La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *Rev. crit. droit inter. privé*, 2017, pp. 2 ss.

28 Para un análisis del fenómeno de las familias *transfronterizas*, véase, RUGGERI, L.: "I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali e il loro impatto sui profili personali e patrimoniali delle coppie cross-border", en AA.VV.: *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border, families, international successions, mediation issues and new financial assets*, (coord. por S. LANDINI), Napoli, 2020, pp. 117 ss.; GARETTO R.: "The impact of multicultural issues on the notion of "family member", *Zbornik Znanstvenih razprav*, Letnik LXXIX, Ljubljani, 2019, pp. 7 ss.

29 A falta de *profesio iuris* expresa, ejercida por los cónyuges de conformidad con el art. 26, párr. 1, la ley aplicable será aquella: a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges después de la celebración del matrimonio; b) de la ciudadanía común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio; c) de la ley con la que los cónyuges tengan vínculos más estrechos al momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

una situación muy diferente, en la que la ley designada como aplicable -con o sin acuerdo- es la ley de un tercer Estado.

Pensemos en una pareja china que reside en Italia que se aplica la ley china a sus bienes, especialmente si han firmado un acuerdo entre sí y uno de ellos tiene la ciudadanía china³⁰; o el caso en el que un ciudadano francés y un ciudadano italiano establecen su residencia común en Pekín, inmediatamente después de casarse y luego por necesidades laborales tienen que trasladarse a Italia³¹.

Estos son dos de los casos en los que se podría revelar la jurisdicción concurrente entre un tribunal chino y un tribunal extranjero.

La regla general que siempre ha caracterizado este tipo de litigios es que, aunque un tribunal extranjero ejerza jurisdicción, los tribunales chinos pueden ejercer una jurisdicción paralela.

La normativa europea que hemos mencionado ha superado las dificultades de identificación de los factores de conexión que operan y ha hecho lo más objetivo posible el criterio de vinculación de las parejas con el Estado miembro que ejerce la competencia, previendo además un procedimiento especial para el reconocimiento de las sentencias dictadas en un Estado miembro.

Con el Reglamento de la UE 2016/1103, existe una alta probabilidad de que se remita al Tribunal del Municipio de residencia habitual y se aplique la ley italiana.

VII. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES REGISTRADAS.

El reglamento en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, el Reglamento UE 2016/1104³², ni siquiera es relevante, ya que dichas uniones no están reconocidas en China.

De conformidad con el art. A tenor del art. 3, letra a), de dicho Reglamento, se entenderá por «unión registrada» el régimen de coexistencia entre dos personas previsto por la ley, cuya inscripción es obligatoria por ley y con arreglo a las formalidades legales establecidas por dicha Ley para su creación.

Es bien sabido que no existe una regulación expresa en el derecho positivo italiano sobre las uniones entre personas del mismo sexo y, en particular, sobre

30 Art. 22 b: *The law of a State of nationality of either spouse or future spouse at the time the agreement is concluded.*

31 Art. 26.a: *The spouses had their last common habitual residence in that other State for a significantly longer period of time than in the State designated pursuant to point (a) of paragraph 1.*

32 El Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

el matrimonio homosexual, una laguna que no puede subsanarse mediante la interpretación³³.

Con una serie de pretensiones dirigidas a impugnar concepciones y principios consolidados a lo largo del tiempo y generalmente considerados irrefutables e incontrovertibles, se ha puesto de manifiesto también la necesidad de superar la visión del vínculo matrimonial³⁴ que necesariamente existe entre personas de distinto sexo, y luego la necesidad de equiparar, al menos parcialmente, la familia del mismo sexo con la heterosexual.

La Consulta, de hecho, invocando “una noción consolidada y ultramilenaria del matrimonio como la unión de un hombre y una mujer” y admitiendo que la unión entre personas del mismo sexo debe contarse entre las formaciones sociales a las que se refiere el art. 2 de la Constitución o argumentando que los homosexuales tenían “el derecho fundamental a vivir libremente en pareja, obteniendo [...] reconocimiento jurídico con los derechos y deberes conexos”, también ha negado que “la aspiración a dicho reconocimiento [...] puede lograrse [...] a través de la equivalencia de las uniones homosexuales con el matrimonio”, dejando así al legislador ordinario la tarea de “identificar las formas de garantía y reconocimiento de las uniones mencionadas”.³⁵

Con la Ley 76 de 2016, el legislador intervino en este ámbito al no prever una equivalencia ni con la familia basada en el matrimonio ni con las uniones civiles. En el respeto de la libertad de elección, se reconocen los derechos individuales, así como el derecho a celebrar contratos de convivencia para reglamentar, sin perjuicio de los derechos y deberes obligatorios de las personas (arts. 2 y 3 de la Constitución), las relaciones personales y patrimoniales.

Esta intervención legislativa ha seguido la doctrina que considera jurídicamente pertinente una pluralidad de modelos de familia distintos a la basada en el matrimonio, expresión de ciertas instancias morales y sociales, cuya relevancia

33 Sobre los delicados problemas privados internacionales planteados por la brecha, véase. ROSSOLILLO, G.: “Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell’ordinamento italiano”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 363 ss.; MOSCONI, F.: “Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 305 ss.; TONOLO, S.: “Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 997 ss.; ID., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007; BOSCHIERO, N.: “Les unions homosexuelles à l’épreuve du droit international privé italien”, *Riv. dir. int.*, 2007, pp. 50 ss.; MOSCONI, F.: “Europa, famiglia e diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int.*, 2008, pp. 347 ss.; MAGI, L.: “La Corte europea dei diritti dell’uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso”, *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 396 ss.; WINKLER M. M.: “Le unioni civili nel diritto internazionale privato”, en AA.VV.: *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale* (coord. por F. PREITE Y A. GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE), vol. II, Milanofiori Assago, 2011, pp. 69 ss.

34 PERLINGIERI, G.: “Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi”, *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 101-130.

35 Así, Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, pp. 979 ss. DAMASCELLI, D.: “Le nuove famiglie nella dimensione internazionale”, en ALBANESE, A.: *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostruite*, Pisa, 2018, pp. 85 ss.

jurídica excluye que puedan ser relegados al papel de meras razones no ejemplificadoras del modelo.

Es bien sabido que las relaciones familiares, y la disciplina que expresan también como testimonio de autorreglamentación, no pueden escapar a un control de mérito, a una comparación con los valores del sistema actual, con su orden público, donde el control de los asuntos personales y familiares se justifica sobre la base de la garantía de los derechos fundamentales.

Es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico la familia no fundada en el matrimonio representa un valor digno de protección cuando responde a la necesidad de desarrollo de las personas que forman parte de ella, y/o de la educación de los hijos, entendiendo este fenómeno como un problema de costumbre y no sólo de leyes.

Con respecto a esta última opción, el análisis comparativo con el ordenamiento jurídico de la República Popular China parece significativo donde la disciplina en cuestión, inspirada en las uniones civiles vigentes en Alemania, no ha encontrado entrada, hasta el punto de que del dictado normativo se desprende claramente que la heterosexualidad del matrimonio no tiene un valor meramente accesorio, sino que representa la esencia misma de la institución, en línea con la tradición legislativa de China.

Incluso cuando se abordó la cuestión de los llamados matrimonios de hecho, es decir, matrimonios de hecho no sancionados por ningún vínculo legal, las relaciones afectivas siempre sucedieron entre un hombre y una mujer.

El *hilo conductor* que ha recorrido la legislación china en el último siglo es aún más marcado por la lectura del dictado de los artículos del Libro V, donde se subraya que el primer elemento constitutivo del vínculo nupcial está representado por el consentimiento libre y sin condicionamiento externo, de los novios que, como se prevé explícitamente en numerosas disposiciones posteriores, entre ellas el art. 1046, deben ser del sexo opuesto. Más tarde también se retomó una disposición, en la que se establece que la titularidad del *ius connubii* también se caracteriza por un factor de edad mínima: 22 años para los hombres y 20 para las mujeres.

Tampoco faltan las referencias explícitas a las frases “marido” y “mujer”, lo que confirma que la diversidad sexual es un elemento esencial del matrimonio, también a efectos de transcripción.

El origen de la coincidencia de las posiciones adoptadas por la Iglesia Católica y la República Popular China con respecto a la heterosexualidad del matrimonio

también se puede encontrar, no sin algunas diferencias, entre los fines de la unión matrimonial que ambos incluyen, a saber, la generación y educación de la descendencia, entendida no solo en un sentido amplio como la supervivencia de la descendencia, sino también como la transmisión de valores humanos y culturales a ella.

Dado que en China ni el principio de igualdad ni el de autodeterminación pueden legitimar la distorsión del límite inviolable de la diversidad sexual de los miembros de la pareja, esto no excluye que en un futuro próximo la legislación china también decida atribuir relevancia jurídica a las parejas del mismo sexo, aunque previendo una regulación diferente a la relativa a las parejas heterosexuales unidas por el vínculo matrimonial.

Un intento, aunque tímido, de adaptarse a la nueva realidad sociofamiliar se puede encontrar en el Libro I del Código Civil chino que en el art. 33 (民法总则 *_minfa zongze*) establece que “El adulto con plena capacidad de obrar puede, previa consulta con sus parientes cercanos u otros sujetos o entidades dispuestos a actuar como tutor, elegir por escrito al tutor que ejercerá la tutela del adulto en caso de que este último lo pierda todo o en parte la capacidad de obrar”, dejando así abierta la posibilidad de un futuro reconocimiento de las uniones heterosexuales u homosexuales registradas³⁶.

En conclusión, se puede decir que la promulgación de un código civil chino, que se caracteriza por haber adoptado nuestro lenguaje jurídico, favorecerá sin duda la ósmosis entre los sistemas jurídicos y se convertirá en una herramienta esencial para el diálogo entre intérpretes de derecho comparado, de manera así como para llevar a cabo ese control de cumplimiento de la legislación europea y los convenios internacionales. La perspectiva unitaria del sistema es la única que hay que perseguir y que nos hace repensar un sistema correctivo desde una perspectiva funcional.

36 MUGELLI, C.: *Chinese Migration and the universal application of family law regulations. Considerations in light of regulations (EU) 2016/1103 and 2016/1104*, en AA.VV.: *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border, families, international successions, mediation issues and new financial assets* (coord. por S. LANDINI), Napoli, 2020, pp. 167 ss.

BIBLIOGRAFÍA

BOSCHIERO, N.: "Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien", *Riv. dir. int.*, 2007.

CAFFARENA, A.: "I cruciali anni Venti. Competizione a somma zero, Cina e multilateralismo", *OrizzonteCina*, núm. 2, 2021.

CARDILLI, I.:

- "Diritto cinese", cit., en CARDILLI, I. y PORCELLI, S.: *Introduzione al diritto cinese*, Torino, 2020.
- "Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della RPC", *Mondo Cinese. Rivista di Studi sulla Cina Contemporanea*, núm. 167, 2020.

CARDILLO, I.: "La legislazione cinese e il ruolo della Suprema corte del popolo", *Mondo Cinese*, núm.1, 2019.

CLERICI, R.: "Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale", *Fam. dir.*, 2011.

D'ATTOMA, S.: "Il divorzio come espressione di libertà individuale: il caso cinese", *Bollettino della Società Letteraria di Verona*, 2018.

DAMASCELLI, D.: "Le nuove famiglie nella dimensione internazionale", en ALBANESE, A.: *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostruite*, Pisa, 2018.

DURSI, D.: "Il Codice Civile Cinese: tra tradizione romanistica e socialismo con caratteristiche cinesi", *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, núm. 2, 2021.

FALZEA A.: "Note introduttive generali alla. L. 898/1970", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por. G. CIAN, G. OPPO E A. TRABUCCHI), VI, Padova, 1993.

GARETTO R.: "The impact of multicultural issues on the notizion of "family member", *Zbornik Znanstvenih razprav*, Letnik LXXIX, Ljubliani, 2019.

GIORGIANNI, M., RESCIGNO, P., UNGARI P., AMATO, G., RODOTÀ, S.: "Cinque note sul divorzio", *Politica del diritto*, 1970.

JOUBERT, N.: "La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *Rev. crit. droit inter. privé*, 2017.

LAGARDEM, P.: "Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 Juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés", *Riv. Dir. int. Priv. proc.*, 2016.

LAW, D. S. Y VERSTEEG, M.: "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism", *California Law Review*, vol. 99, 2011.

MAGI, L.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso", *Riv. dir. int.*, 2011.

MOSCONI, F.:

- "Europa, famiglia e diritto internazionale privato", *Riv. dir. int.*, 2008.
- "Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005.

MUGELLI, C.: "Chinese Migration and the universal application of family law regulations. Considerations in light of regulations (EU) 2016/1103 and 2016/1104", en AA.VV.: *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border, families, international successions, mediation issues and new financial assets* (coord. por S. LANDINI), Napoli, 2020.

PALMER, M.: "The Reemergence of Family Law in Post-Mao China: Marriage, Divorce and Reproduction", *The China Quarterly*, 1995.

PENNASILICO, M.: "L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale", *Riv. dir. civ.*, 2003.

PERLINGIERI, P.:

- "Aspetti civilistici della separazione e del divorzio", *Dir. e giur.*, 1979.
- *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, vol. III, 2020.

PERLINGIERI, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", *Rass. dir. civ.*, 2018.

PORCELLI, S.:

- "Derecho chino y la tradición romana. Terminología y sistema", *BIDR*, núm.110, 2016.
- "El Nuevo Código Civil de la República Popular China. Observaciones desde la perspectiva del diálogo con la tradición romana", *Studium Iuris*, núm.7/8, 2020.

ROSSOLILLO, G.: "Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003.

RUFO CLERICI, G.: "I coniugi cinesi in Italia: rapporti personali e patrimoniali", *Dir. fam. pers.*, 2015.

RUGGERI, L.: "I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali e il loro impatto sui profili personali e patrimoniali delle coppie cross-border", en AA.VV.: *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border, families, international successions, mediation issues and new financial assets* (coord. por S. LANDINI), Napoli, 2020.

RUIPING, F.: "Reconstructionist Confucianism: Rethinking Morality After the West." *Dao*. 9. 10.1007/s11712-010-9178-x.

SACCOCCIO, A. Y PORCELLI, S.: *Codice Civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Modena, 2021.

SANTORO PASSARELLI, G.: "Divorzio e separazione personale", en AA.VV.: *Scritti in onore di Pugliatti S.*, vol. I, Milano, 1978.

SCALISI V.: "Divorzio persona e comunità familiare", *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1984.

SCHESINGER, P.: "Alcune osservazioni in tema di divorzio", en AA.VV.: *Studi in onore di Scaduto G.*, vol. III, Padova, 1970.

SCHIPANI, S.: "Diritto romano in Cina", *XXI Secolo. Norme e idee*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2009.

SPAGNOLI, F.: "La riforma della Costituzione cinese: un'analisi della revisione costituzionale del 2018 e dei suoi caratteri principali", *DPCE online*, núm.I, 2019.

STAIANO, M. F.: "La Comunità di destino condiviso per l'umanità come espressione di un nuovo umanesimo giuridico cinese: elementi interni e dimensioni

internazionali", *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e argomentazione giuridica*, núm. 2, 2021.

TCHE-HAO T.: "Le droit de la famille en Chine Populaire", *Revue internationale de droit compare*, núm. 2, 1972.

TIMOTEO M.: "El Código Civil en China: ¿más allá de los 'trasplantes legales'?", *Mondo Cinese*, vol. 167, 2019.

TONOLO, S.:

- *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007.
- "Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005.

TRABUCCHI, A.: "Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma", *Riv. dir. civ.*, vol. II, 1987.

VARANO, V. Y BARSOTTI, V.: *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 6ª ed., 2018.

VIARENGO, I.: "Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011.

WINKLER M. M.: "Le unioni civili nel diritto internazionale privato", en AA.VV.: *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale* (coord. por F. PREITE Y A. GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE), vol. II, Milanofiori Assago, 2011.

XIA, Y. 夏吟兰, *Lihun ziyou yu xianzhi lun 离婚自由与限制论* [La libertà di divorzio e i suoi limiti], Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe, 2007.

XIAOQING, F.: "A Review of the Development of Marriage Law in the People's Republic of China", *u. det. Mercy l. rev.*, 2002.

YUAN, Y.: *The Origins of the Chinese Communist Party's Early Marriage Law*, New York, 2017.

ZHIMIN, C.: "China, the European Union and the Fragile World Order", *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, núm. 4, 2016.



LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL COMO
OBLIGACIÓN EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

*PRE-CONTRACTUAL INFORMATION AS AN OBLIGATION IN
DISTRIBUTION CONTRACTS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp.130-153

Javier
BADENAS
BOLDÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: En el presente trabajo se trata de abordar la importancia de la información precontractual en los contratos de distribución, destacando la desigualdad entre las partes y la necesidad de proteger la libertad contractual mediante deberes precontractuales. En consecuencia, se analizan las obligaciones del distribuidor y del proveedor, así como los efectos jurídicos del incumplimiento de estos deberes, incluyendo la posible nulidad del contrato por error o dolo. Además, se revisa la normativa vigente, como el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero sobre el Contrato de Franquicia y proyectada, como el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

PALABRAS CLAVE: Información precontractual; contratos de distribución; obligaciones de las partes; incumplimiento contractual.

ABSTRACT: *This study deals with the importance of pre-contractual information in distribution contracts, highlighting the inequality between the parties and the need to protect contractual freedom by means of pre-contractual duties. The obligations of the distributor and the supplier are analysed, as well as the legal consequences of the breach of these duties, including the possible annulment of the contract due to error or fraud. In addition, the current regulations are reviewed, such as Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero sobre el Contrato de Franquicia and projected regulations, such as Proyecto de Ley de Contratos de Distribución and the Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.*

KEY WORDS: *Pre-contractual information; distribution contracts; obligations of the parties; breach of contract.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.- III. LA OBLIGACIÓN DEL PROVEEDOR DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.- 1. Características de los contratos de distribución y el alcance del deber de información precontractual.- A) *Desigualdad en las partes del contrato.*- B) *Información precontractual obligatoria en algunos contratos de distribución.*- 2. Régimen normativo de la información precontractual.- A) *Derecho proyectado.*- B) *Ley de Ordenación del Comercio Minorista.*- C) *Real Decreto, núm. 201/2010, de 26 de febrero, sobre el contrato de franquicia.*- 3. Consecuencias del incumplimiento de deber de información precontractual.- A) *Nulidad del contrato por defectos en la información: aplicación del régimen del error y dolo.*- B) *Jurisprudencia sobre el error y el dolo en los contratos de distribución.*- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

En sentido puramente económico, la distribución comercial se identifica con los procedimientos que recurren los fabricantes o productores para llevar a cabo la comercialización de sus productos en el mercado, posibilitando su acercamiento a los destinatarios finales, sean estos, profesionales o consumidores¹. Sin embargo, más allá de su connotación puramente económica, destaca la expansión de la sociedad de consumo, lo que provoca un considerable crecimiento de los mercados en los que los productores pueden colocar sus productos o servicios, haciendo conveniente en muchas ocasiones acuerdos de cooperación económica con otros empresarios independientes con la finalidad de colaborar en el proceso de comercialización siguiendo un modelo de negocio, unas pautas comerciales, publicitarias y de cuidado de imagen de marca previamente determinadas con carácter uniforme por el fabricante o proveedor para toda la red de distribución.

No obstante lo anterior, aparte de gran importancia que el fenómeno de la distribución comercial tiene en nuestros días, es por todos conocida la atipicidad que presentan los contratos de distribución en nuestro Derecho nacional. Por un lado, la única normativa aplicable a estos contratos es la existente en sede de Derecho de mercado, conocida como Reglamento de exención por categorías de los acuerdos verticales (RECAV) y sus correspondientes Directrices, en los que se establecen condiciones contractuales permitidas y prohibidas desde la perspectiva de la organización y funcionamiento eficiente en el mercado². Por otro lado, en sede administrativa son importantes las exigencias registrales y precontractuales aplicables a la actividad comercial en régimen de franquicia en virtud de lo

1 CARBAJO CASCÓN, F.: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp.7 y ss.

2 En concreto el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; publicado el 11 de mayo de 2022.

• **Javier Badenas Boldó**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: javier.badenas@uv.es.

dispuesto en el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio Minorista y, asimismo, mediante el RD 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula la actividad comercial del régimen de franquicia, ambos textos normativos serán objeto de un análisis en profundidad en las próximas páginas.

Esta normativa de mercado y administrativa no tienen carácter estrictamente contractual, aunque, por una parte, cumple una función definidora y parcialmente tipificadora de los contratos de distribución y, por otra parte, ejerce una clara influencia en la redacción y funcionamiento de los contratos de distribución en ciertos aspectos como derechos y obligaciones³, concretamente en la obligación de suministro de información precontractual, en la cual nos centraremos en el presente trabajo.

Sin embargo, esta regulación resulta insuficiente. La importancia de la distribución comercial en una economía cada vez más globalizada provoca un aumento de los problemas entre proveedores y distribuidores. Para resolver estos conflictos, ante la falta de normativa específica en el ámbito contractual, los operadores jurídicos suelen recurrir, por un lado, a la normativa antimonopolio sobre acuerdos verticales mencionada anteriormente, y por otro lado, a la analogía con figuras contractuales similares, como el contrato de agencia o franquicia, o incluso a la regulación general de obligaciones y contratos del Código Civil y de Comercio.

II. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

La labor principal del distribuidor es la de centrarse en la promoción y explotación máxima de los productos que el proveedor le ha facilitado para así poder revender todos los productos a su disposición en aquella zona geográfica que se le indique como objetivo.

Es decir, se pactan entre las partes que conforman el contrato una serie de objetivos, relativos a la reventa, para poder conseguir unas cifras o resultados satisfactorios para ambas partes en cuanto a promoción del producto y por los beneficios que le proporciona el margen de reventa al distribuidor. Se considera una práctica habitual y que no plantea problemas siempre y cuando no se perciba una conducta abusiva por parte de concesionario o proveedor, cuando cumpla con los mínimos exigibles, tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2001⁴. Por tanto, las obligaciones del distribuidor son las de cumplir con los objetivos marcados por el empresario principal mediante la promoción y reventa de los productos y mercancías objeto del contrato, siempre y cuando los objetivos marcados en el contrato no atenten contra la defensa de la competencia

³ CARBAJO CASCÓN, F.: *Los contratos de distribución...*, cit., pp. 9 y ss.

⁴ La citada sentencia dictamina que la jurisprudencia y la doctrina lo dan por válido dichos mínimos sin ni siquiera considerarlos un abuso del art. 1256 del Código Civil. (STS de 2 de marzo de 2001, RJ: 2616).

ni tiendan a ser abusivos, hecho difícil de determinar ya que al ser un contrato que se rige por la autonomía de la voluntad de las partes sin norma expresa, resulta complicado realizar una interpretación de la voluntad de manera exacta. Por este motivo la jurisprudencia tiende a ser prudente y aceptar la resolución del contrato cuando haya diferencias sustanciales entre lo reflejado en el contrato y lo logrado finalmente⁵.

Por otro lado, las obligaciones del proveedor son de apoyo y consisten en llevar a cabo aquellas actividades que afecten positivamente al contrato sin frustrar las expectativas del mismo. Es decir, que el distribuidor pueda generar sus ganancias facilitando y aportando medidas publicitarias para hacer el producto más atractivo y respetar las cláusulas del contrato relativas a la exclusividad.

III. LA OBLIGACIÓN DEL PROVEEDOR DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

La proyectada regulación en materia de deberes precontractuales incluida en el Libro Cuarto del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (ACM)⁶, sobre obligaciones y contratos mercantiles en general y en cuyo Título I, Capítulo II sobre “*deberes en la fase preparatoria del contrato*” recogía el deber de confidencialidad (art. 412-1) y la responsabilidad derivada de su incumplimiento, así como un artículo específico sobre responsabilidad precontractual, el art. 412-2 sobre “*Responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato*”. De otra parte, en su momento, el PLCD dedicó su título II a la formación del contrato, lo que demuestra el interés del legislador por las cuestiones relativas al periodo de formación del contrato, siguiendo la senda de muchos ordenamientos europeos, y, sobre todo, del Reglamento Roma II.

Con relación a las características de los contratos de distribución, una de las más destacadas es la desigualdad existente entre las partes del contrato, que puede presentarse en forma de asimetría informativa. Ello lleva, cuando la desigualdad entre las partes es intensa, a que el legislador incluya una serie de deberes de carácter precontractual en diversas normas. Su finalidad sería proteger la libertad contractual de las partes para que éstas puedan formar su voluntad de forma correcta. En general, los contratos de distribución son contratos de adhesión en los que, aunque ambas partes reúnen la condición de empresarios, una de las mismas tiene el carácter de contratante débil y por lo tanto en ocasiones merece una tutela específica ante situaciones de asimetría informativa⁷. Por ello

5 DANIEL VÁZQUEZ, A., ALONSO SOTO, R. y BALCELLS CABANAS, J.M.: *Los Contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 45 y ss.

6 Aprobado en Consejo de Ministros, de 30 de mayo de 2014.

7 VALMAÑA OCHAÍTA, M.: “La información precontractual en los contratos de distribución”, en AA.VV.: *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Bosch, 2015, p. 101.

puede ser conveniente una regulación especial de los deberes precontractuales de información. Este es el caso del contrato de franquicia, que sí cuenta con regulación específica en este sentido, y se plantea si también debería contemplarse para otro tipo de contratos de distribución a través de una regulación especial o bastaría con la protección general del Código Civil. En base a lo anterior el PLCD recogía un deber de información precontractual general, sin limitarlo a algunas modalidades precontractuales⁸.

En concreto, el PLCD establecía una serie de deberes de información más allá de los que pudieran derivarse del deber de buena fe contractual. Por lo que respecta al proveedor, el deber de información se concretaría en información sobre su negocio, estructura y extensión general de la red, titularidad y uso de los signos distintivos duración del contrato y sus condiciones de modificación, derechos y obligaciones de las partes pactos de exclusiva, restricciones a la actividad del distribuidor y exigencias derivadas de su incorporación a la red de distribución, régimen de extinción del contrato, precios y costes de la operación, etc. En cuanto al distribuidor, se le requería información sobre sus datos identificativos, su grado de solvencia y cualificaciones técnicas, procesos judiciales o administrativos en los que estuviera incurso y que guardara secreto sobre las informaciones a las que hubiera accedido y cuya difusión no quisiera o pudiera dañar al proveedor.

En relación con el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 tan sólo se regulaba en él el contrato de comisión, de agencia y el contrato estimatorio, y por lo que respecta a los deberes de información se limitaba a algunas obligaciones referentes al contrato de agencia (arts. 542.9 y 542.15) ⁹.

Entre los pocos contratos que cuentan con una regulación específica de los deberes precontractuales de información se encuentra el contrato de franquicia, como se ha mencionado anteriormente. La regulación la contiene la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y el Real Decreto núm. 201/2010 que la desarrolla. El art. 62 LOCM establece un marco de deber de información aplicable al contrato de franquicia: "Con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de

8 Coincidiendo con trabajos a nivel europeo como la *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

9 A diferencia de la Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación, que dedicaba veinticuatro artículos a los contratos de distribución.

la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias". Sin embargo, los efectos del incumplimiento del deber de información quedarían relegados a la posible nulidad o anulabilidad de contrato, tratándose de una norma incompleta ya que no se pueden derivar de la misma consecuencia jurídicas directas¹⁰.

Hay que tener en cuenta, que el Registro de Franquiciadores desaparece con la aprobación del Real Decreto ley 20/2018, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Competitividad Económica en el Sector Industrial y Comercial en España. Este Registro de Franquiciadores suponía una fuente de información pública previsto en el art. 62.2 de La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y estaba desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

Dicho RD sobre franquicia 201/2010 recoge en su artículo tercero el contenido de la información contractual que el franquiciador debe suministrar al futuro franquiciado. Consiste básicamente en suministrar los datos relativos al franquiciado (identificación), así como en el Registro Mercantil, si se trata de una sociedad, información sobre titularidad o licencia de los signos distintivos, sector en el opera la franquicia, la experiencia de la empresa franquiciadora, información sobre el saber hacer o *Know How* y sistema de negocio de la franquicia, estimación de inversiones y gastos para su puesta en marcha, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del plazo de 20 días de antelación a la firma del contrato, y aunque exista jurisprudencia contraria en este sentido, parece que adquiere importancia el término establecido por la ley, por cuanto se refiere a un periodo de reflexión para la formación del consentimiento del franquiciado¹¹. Paralelamente al deber de informar por parte del franquiciador se prevé un deber de confidencialidad por parte del franquiciado en relación a la información precontractual por parte del franquiciador.

I. Características de los contratos de distribución y el alcance del deber de información precontractual.

En los últimos años se ha venido realizando un profundo estudio sobre los denominados deberes precontractuales y su tratamiento normativo¹². El término

10 DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "El contrato de franquicia", en AA.VV.: *Contratos mercantiles*, Tomo I, Aranzadi, 2009, p. 897.

11 Vid. SAP Barcelona de 18 de mayo de 2009 (SAB 4581/2009).

12 A este respecto entre otros VALMAÑA OCHAITA, M.: "La información precontractual", cit., pp. 98 y ss.; GÓMEZ-POMAR F., y GILI SALDAÑA, M.: "Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de

“deber de informar” se utiliza con preferencia al de “obligación de informar” centrándose en la información proporcionada en el precontrato, y ello sin prejuzgar el hecho que se aplique a una eventual responsabilidad precontractual las normas de la responsabilidad contractual¹³.

En el tema que nos ocupa, los contratos de distribución, se ha venido a promover una labor reguladora de este extremo debido a que entran de lleno en el ámbito de la aplicación de los deberes de información. En ese sentido, hay que destacar el art. 412.I del Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante ACM) incidía directamente sobre este tema: “Deber de confidencialidad. Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que con ese carácter reciba la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber”. Asimismo, hay que destacar el tratamiento de este tema que se lleva a cabo en el PLCD, que dedicó su Título II a la formación del contrato, recogiendo un sistema que regula el comportamiento de las partes en la fase precontractual.¹⁴ A ello dedica sus arts. 6 y 7¹⁵.

Ley de contratos de distribución”, *InDret*, 1/2010, pp. 1-37.

13 DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de la información*, Aranzadi, 2010, p. 60.

14 Como se señala en su Exposición de Motivos.

15 Art. 6. “Deberes precontractuales de información.

1. Sin perjuicio de las obligaciones que deriven de la aplicación del principio de buena fe previsto en el artículo cuarto, las partes deberán entregarse mutuamente, y con razonable antelación a la formalización del contrato, toda la información necesaria para que puedan obligarse con conocimiento de causa la celebración del contrato de distribución de que se trate.

2. En particular, en el supuesto de ingreso en una red de distribución integrada el proveedor que organice y dirija la misma, y decida entablar negociaciones encaminadas a la posible perfección de un contrato de distribución, suministrará información por escrito si así lo solicita la otra parte:

- a) Datos principales de identificación del proveedor, incluyendo, en su caso, los que obren en los Registros especiales para determinados contratos de distribución.
- b) Descripción del contenido y características esenciales del negocio objeto de distribución comercial, así como del sector de actividad en el que se desarrolla el mismo.
- c) Estructura y extensión de la red de distribución que opera bajo la misma marca al tiempo de celebración del contrato.
- d) Titularidad y condiciones de uso de los signos distintivos que identifiquen el establecimiento, actividad, bienes o servicios de la red de distribución.
- e) Duración del contrato, así como las condiciones de renovación y modificación del mismo.
- f) Derechos y obligaciones de las partes.
- g) Eventual existencia de pactos de exclusividad.
- h) Restricciones a la actividad del distribuidor y exigencias de actuación derivadas de su eventual incorporación a la red de distribución.
- i) Causas, formalización y efectos de la extinción del contrato.
- j) Precio o coste total de la operación propuesta, incluyendo los contratos con terceros que por indicación del proveedor deba celebrar el distribuidor para el correcto cumplimiento de sus obligaciones.

3. El distribuidor que acceda a una red de distribución integrada deberá informar por escrito si así lo solicita la otra parte sobre los siguientes puntos:

- a) Datos principales de su identificación, incluyendo, en su caso, los que obren en los Registros oficiales.
- b) Grado de solvencia que habrá de ser suficiente para el cumplimiento de sus funciones.
- c) Cualificaciones técnicas necesarias para la ejecución de todas y cada una de las prestaciones vinculadas con el cumplimiento del contrato.
- d) Eventuales procesos judiciales o administrativos que pudieran afectar al prestigio y reputación de la marca de los productos o servicios que se vayan a comercializar.

4. La exigencia de entrega de una cantidad de dinero, de la prestación de una fianza o cualquier otro

Como se ha puesto de manifiesto, los contratos de distribución poseen una serie de características que han llamado la atención del legislador en la pasada década. Sobre todo, en las cuestiones relativas a la etapa en la cual se forma el contrato, y ello incluso en aquellos sistemas jurídicos que tradicionalmente han sustraído ese deber de informar, como es el caso de los países anglosajones. De este modo, el tratamiento de los deberes precontractuales de información y de la responsabilidad derivada de su incumplimiento es un tema que ha sido objeto de discusión en el ámbito europeo, y las soluciones propuestas van desde acudir a normas ya existentes¹⁶, hasta la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual a la responsabilidad contractual¹⁷, solución esta última que ha generado cierta controversia¹⁸.

A) *Desigualdad en las partes del contrato.*

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en establecer que una de las características de los contratos de distribución es la desigualdad entre las partes. La idea de la autonomía de la voluntad y su plasmación en el contrato comienza a ser revisada debido a la contratación en masa y la aparición de la figura del contratante débil, que son los sujetos que ocupan una posición necesitada de una determinada protección especial. Esta figura es muy usual en los contratos que estipulan el sometimiento a unas condiciones generales, como los contratos de seguros, contratos de telefonía, luz, agua, etc., pero que también aparecen en determinadas modalidades de contratos de distribución.

tipo de garantía, como condición para la incorporación a la red de distribución o para la efectividad de determinadas cláusulas contractuales, deberá ser proporcionada y razonable, atendiendo a la previsión de facturación, al objeto del contrato de distribución y a su duración. En este caso, se deberá precisar tanto las prestaciones garantizadas como contrapartida como las obligaciones recíprocas de las partes en caso de que no llegase a celebrarse el contrato.

5. En el caso de que el contrato no llegara a celebrarse, la parte que hubiera incumplido los deberes de información establecidos en este precepto responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte como consecuencia de dicho incumplimiento.

Art. 7. Confidencialidad.

1. Las partes no podrán comunicar a terceros ni utilizar para otros fines distintos de la conclusión del contrato la información que reciban con ocasión de la negociación del contrato, que sea susceptible de lesionar a la otra parte, a excepción de las comunicaciones que realicen con cualquier profesional que les preste asesoramiento jurídico o económico. En este caso las partes adoptarán las medidas que sean razonables para garantizar el cumplimiento de este deber de confidencialidad respecto de aquellos asesores que no estén sometidos por su estatuto profesional a una obligación de idéntica naturaleza. La obligación de confidencialidad se entiende sin perjuicio de los deberes legales de información a los que pueda quedar sometida alguna de las partes.

2. La exigencia de este deber es independiente de que finalmente se celebre el contrato. Una vez se haya formalizado el contrato, se extenderá durante todo el tiempo de vigencia del mismo.

3. La parte que infrinja este deber estará obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento, sin perjuicio de otras acciones legales que pudieran ejercerse”.

16 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Anteproyecto de ley de contratos de distribución”, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, junio 2011, p. 5, véase en: https://cms.law/es/media/local/cms-asl/files/publications/publications/cms_comentarios_al_anteproyecto_de_ley_de_contratos_de_distribucion_doc

17 Tal y como aparece en el art. 12 del Reglamento Roma II, ante opiniones críticas de la doctrina, vid. ARENAS GARCÍA, R.: “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II” *InDret*, 2008, pp. 1-27.

18 En realidad, se relaciona con la controversia en torno a cuál debe ser el régimen jurídico aplicable a la culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual.

También se ha señalado por parte de la doctrina diversas funciones que se deben de tener en cuenta a la hora de una futura regulación de los deberes precontractuales, entre las cuales destacamos:

a) La función de protección del contrato, más concretamente, de la libertad contractual de las partes, con el fin de que puedan formar su voluntad sin presiones externas.

b) El interés de conservación, dirigido a la seguridad física de la persona contratante que en la satisfacción contractual.

c) El interés de protección del mercado¹⁹.

En el caso que nos ocupa, que es el de los contratos de distribución, por lo general, se trata de contratos en los cuales una de las partes se adhiere a la otra, con independencia de que ambas partes tengan la condición de empresario, de manera que la que se adhiere será la parte contratante débil. Por tanto, dadas las circunstancias la parte “débil” es merecedora de una tutela específica ante las situaciones de falta de información. Los contratos de distribución son contratos *intuitu personae*²⁰, en los que su pilar básico es la confianza, lo que influye en gran medida en el contenido del deber precontractual de informar de forma adecuada a la otra parte²¹. Por esa razón, es necesaria una regulación en la materia de los deberes precontractuales de información, como se dan en el contrato de franquicia, debiéndose plantear en el resto de contratos análogos a este.

En esta cuestión, existe una disparidad de opiniones entre la doctrina especializada en la materia. Una parte de esta defiende que solamente deberían hallarse deberes de información en el precontrato cuando el grado de introducción del distribuidor en la red del proveedor así lo justifique, como sucede en la franquicia y en ciertos contratos de concesión. Frente a esta postura, otros autores argumentan que el deber de información precontractual debe predicarse de todo contrato de distribución. Y como prueba de ello traen a colación el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (en adelante PLCD) que en su art. 6 establecía un deber de información precontractual para todos los contratos de distribución, debido a que debe existir una protección para la parte contratante débil, cuestión que se expondrá en el siguiente epígrafe.

19 DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de la información*, Aranzadi, 2010, pp. 127-130.

20 Sobre la condición *intuitu personae*, véase por todos: JARNE MUÑOZ, P.: “El intuitu personae en los contratos de distribución integrada”, *Actualidad civil*, núm. 6, 2016, pp. 64 y ss.

21 Si bien, como destaca VALMAÑA OCHAITA, M.: “La información precontractual”, cit., p. 102, el carácter personalísimo recaería más bien en su organización, hablándose más bien de *intuitu instrumenti*.

Es precisamente esa situación de inferioridad del distribuidor, que en muchas ocasiones adquiere la condición de empresario en el momento de la firma del contrato (ej. Contrato de franquicia), lo que justifica la imposición de deberes precontractuales. Asimismo, de los deberes de información precontractuales se derivan, según la regulación en España, las denominadas responsabilidades precontractuales, a causa del incumplimiento de estos, lo que protege en gran medida a la parte más débil²².

B) Información precontractual obligatoria en algunos contratos de distribución.

Si analizamos algunos de los contratos de distribución podemos apreciar que, como se ha mencionado en las páginas superiores, en algunos casos existe la obligación de facilitar cierta información antes de la firma del contrato como, por ejemplo, en el contrato de franquicia. En el art. 2 del RD 201/2010 de 26 de febrero, que contiene regulación sobre el régimen de la franquicia se establece el contenido mínimo de tal contrato, y en el art. 3, la información precontractual que el franquiciador debe proporcionar al franquiciado. En este caso, el franquiciador proporciona al franquiciado la información esencial al contenido mínimo del contrato, esto es, el *Know-how*, los signos distintivos de la empresa y la asistencia técnica, tal y como se reconoce en la doctrina²³ y en la jurisprudencia²⁴.

2. Régimen normativo de la información precontractual.

La fase precontractual del contrato abarca aquel periodo en el que se produce la formación de la voluntad de las partes y en que pueden derivar diversos deberes y obligaciones para las mismas no obstante, no serían obligaciones en sentido estricto al no haber un fundamento contractual y a pesar de que su incumplimiento si pueda trascender posteriormente al ámbito del contrato²⁵.

En este período de formación, las partes del futuro contrato, e incluso los terceros que puedan intervenir de alguna forma, deben actuar de acuerdo con la buena fe y confianza mutua. Existen tres tipos de deberes que deben cumplirse en la fase precontractual según la doctrina, que son: los deberes de información,

22 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho Español*, Tecnos, 1991, p. 46.

23 Esta información, a su vez, modula, en lo referente a su contenido y alcance, la obligación del franquiciado de cumplir con su obligación de confidencialidad, teniendo en cuenta el grado de conocimiento que puede haberse difundido en el público en general, *vid.* ALONSO SOTO, R.: "Los contratos de distribución comercial", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Navarra, 2007, pp. 177-203; y en "Tipología de los contratos de distribución comercial", en AA.VV.: *Los contratos de distribución* (dir. por ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., VIERA GONZÁLEZ, A. J.), La Ley, 2010. pp. 71 y 72.

24 SAP Pontevedra, de 23 diciembre de 2013, sobre contenido mínimo del contrato de franquicia en relación con lo establecido en el art. 2 del RD 201/2010.

25 DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites*, cit., p. 60.

el deber de lealtad y el deber de protección²⁶. Los deberes enumerados anteriormente, son deberes no regulados o atípicos, aunque, nos encontramos ante una tendencia al alza acerca de su regulación, debido a la protección legal que la parte contratante "débil" precisa.

En la actualidad, los deberes de información ha sido objeto de regulación, dentro de los deberes precontractuales. Vamos a centrarnos ahora en su análisis, contemplando, en primer lugar, los intentos del legislador al respecto que finalmente no han visto la luz y, en segundo lugar, su plasmación en el Derecho positivo.

A) Derecho proyectado.

a) Proyecto de Ley de Contratos de Distribución

En el PLCD²⁷ se regulaban los deberes precontractuales, concretamente, el deber de información y las obligaciones exigidas durante el contrato. Tanto el proveedor como el distribuidor, que pretende integrarse en la red de este, deben de cumplir los deberes y obligaciones de información que en la norma proyectada se recogen.

Por una parte, en lo que respecta al proveedor, según el art. 6 de del PLCD²⁸, el deber de información en la fase previa al contrato contempla los siguientes aspectos: datos acerca de la identificación sobre el proveedor, características de su negocio, estructura de la red de distribución que opera bajo la misma marca al tiempo de celebración del contrato, uso de los signos distintivos, duración del contrato, derechos y obligaciones de las partes, pactos de exclusividad, restricciones de la actividad del distribuidor, causas, formalización y efectos de la extinción del contrato y por último el precio o coste de la operación.

Por otra parte, el distribuidor que acceda a una red de distribución integrada deberá informar acerca de: datos principales de su identificación, grado de solvencia, cualificaciones técnicas para la ejecución de las prestaciones vinculadas al contrato y eventuales procedimientos judiciales que pudieran afectar al prestigio de la marca.

Asimismo, se aprecia en el art. 7 del mismo cuerpo legal el deber de confidencialidad, en el cual las partes no podrán comunicar a un tercero, ni utilizar para otro fin distinto la información que reciban con objeto a la negociación del

²⁶ Vid. En este sentido, GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La responsabilidad precontractual en el Derecho Español", cit., pp. 43 y ss.

²⁷ Publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados en fecha 29 de junio de 2011,

²⁸ El contenido del precepto establece obligaciones de información para el proveedor y para el distribuidor, aparte de las que obviamente puedan derivarse de la buena fe.

contrato. La obligatoriedad de este deber es independiente de si al final acaba celebrándose el contrato o no, y en el caso en el que se formalice, se extenderá a lo largo de toda la vigencia del mismo.

Además de los artículos mencionados, el deber de información también aparece en el art. 10, en el que se recogen los deberes de información durante el contrato como parte de su contenido.

b) Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30 mayo de 2014

Del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se debe mencionar que, únicamente se dedican los arts. 542-9, 542-10 y 542-15, que regulan los deberes de información referente al contrato de agencia. Estos preceptos solamente recogen los deberes de información que afectan a la fase formativa del mismo²⁹.

Respecto a los deberes precontractuales, no hay que señalar cambios relevantes respecto a la versión de la Propuesta de Código Mercantil de junio de 2013, donde ya se recogía un capítulo dedicado a la fase preparatoria del contrato. En concreto, se trataba de dos artículos, el 412-1 sobre el deber de confidencialidad y el art 412-2, en el que se plantea por primera vez en Derecho español la positividad de la *culpa in contrahendo*³⁰.

29 En virtud del art. 542-9 del Anteproyecto del Código Mercantil se expresan como obligaciones del agente "1. En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá velar por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe. 2. En particular, el agente deberá: a) Ocuparse con la diligencia profesional exigible a esta clase de empresarios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado. b) Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución. c) Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia. d) Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido. e) Llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe". Además, en el art. 542-10 del citado cuerpo legal se determinan las obligaciones del empresario en cuanto a que "1. En sus relaciones con el agente el empresario deberá: a) Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional. b) Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar. c) Satisfacer la remuneración pactada. 2. Dentro del plazo de quince días, el empresario deberá comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la operación comunicada. Asimismo, deberá comunicar al agente, dentro del plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, la ejecución, la ejecución parcial o la falta de ejecución de ésta".

30 Por una parte, en virtud del art. 412-1 de la Propuesta de Código Mercantil se establece en lo relativo al deber de confidencialidad que, "Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber". Por otra parte, en virtud del art. 412-2 del mismo texto se establece con respecto a responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato que, "1. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. En todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 2. En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la

B) Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Dejamos atrás el Derecho proyectado y nos adentramos en la parte del Derecho vigente con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), en el que se encuentran los deberes precontractuales del contrato de franquicia. Más concretamente en su art. 62, que contiene una previsión de los deberes de información en la fase de formación del contrato. En lo que respecta a la regulación española, a las obligaciones precontractuales no les acompañan unas consecuencias jurídicas que castiguen los eventuales incumplimientos en el ámbito privado. Únicamente podría ser aplicable lo establecido en el art. 63 LOCM, y el art. 1902 CC, en el régimen de aplicación de la responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, y en relación con los efectos derivados del incumplimiento de los deberes de información del art. 62 LOCM, la doctrina sostiene que quedarían relegados al ámbito privado y concretamente en lo que respecta a la nulidad o anulabilidad del contrato, ya que nos encontramos con normas incompletas y no podrían derivarse consecuencias jurídicas directas de ellas³¹.

C) Real Decreto, núm. 201/2010, de 26 de febrero, sobre el contrato de franquicia.

El contenido precontractual viene recogido en el art. 3 del RD³² sobre el contrato de franquicia, básicamente consiste en los datos relativos al franquiciador. Igualmente se debe de informar acerca de la titularidad o licencia de los signos

celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo". Vid. VALMAÑA OCHAITA, M^a. P.: "La información", cit., p. 112.

31 DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "El contrato de franquicia...", cit., p. 894.

32 Señala el art. 3 RD 201/2010 que transcribimos íntegro por su interés: "Información precontractual al potencial franquiciado. Con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:

a) Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda.

Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengan obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador.

b) Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, y de los eventuales recursos judiciales interpuestos que puedan afectar a la titularidad o al uso de la marca, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia.

c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél.

d) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.

e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas

distintivos, el sector en el que opera la franquicia, la experiencia de la empresa franquiciadora, el *Know-How*, el sistema de negocio objeto de la franquicia, estimación de inversiones y gastos, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia³³.

Resalta de entre toda la información recogida en la mencionada norma el *Know-How*³⁴. Es conocido como el contenido mínimo esencial del contrato de franquicia o la “Biblia del franquiciado” tal y como lo reconoce la jurisprudencia³⁵ y dada su importancia dentro del desarrollo del contrato³⁶.

Además, otra de las informaciones más complejas y que mayor problemática provoca es la de previsiones de ventas y resultados de explotación, ya que no es una información que exija el art. 3 del RD 201/2010 pero sí se incluye, de hecho, debería hacerse con una determinada prudencia, como se ha puesto de relieve por parte de cierta doctrina³⁷.

Cabe resaltar que, como hemos mencionado en páginas superiores sucintamente, en el RD sobre los contratos de franquicia, es obligatorio el suministro de información en un plazo de 20 días con respecto a la fecha de la firma del contrato. En el caso de incumplimiento de determinado plazo, cabe plantearse qué consecuencias tendría para el franquiciador. En este sentido encontramos jurisprudencia contradictoria. Así, por un lado, la SAP de Barcelona, de 19 de junio de 2012 señala que “*exacerbaría las consecuencias del incumplimiento de una norma por la sola presencia de un defecto formal intrascendente en este caso e inapropiado para la finalidad pretendida de protección al minorista*”. Por el contrario, la SAP de

o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados.

f) Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.

g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.

33 Sobre la información precontractual requerida en el contrato de franquicia por la normativa aplicable. RUIZ PERIS, J. I.: *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Navarra, 2000.

34 Se puede consultar el Código Deontológico Europeo para la Franquicia (<http://www.efffranchise.com/spip.php?rubrique13>) que define el *know how* como “*a body of non-patented practical information, resulting from experience and testing by Franchisor, which is secret, substantial and identified*”.

35 SAP Málaga 3 de octubre 2013 (APMA 2013:2854).

36 Vid. en este sentido, SEGURA MENA, R. E.: “El contrato de *know how* y licencia del *know how*”, *Revista el foro*, núm. 12, 2012, pp. 46-50, donde el autor analiza el concepto del *know how*, sus principales características, naturaleza, tipos y protección jurídica.

37 VALMAÑA OCHAITA, M^a. P.: “La información”, cit., p. 116. Como se señala en la STS 62/2012, 27 febrero, “en el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de provisiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados”.

Barcelona de 18 de mayo de 2009, sí que se muestra a favor de otorgar mayor importancia al mencionado plazo³⁸.

Para concluir, al mismo tiempo que existe para el franquiciador un deber de informar, existe un deber de confidencialidad para el franquiciado, debido a que toda la información suministrada a lo largo del precontrato tiene carácter confidencial. En este sentido, establece art. 4 del RD 201/2010 que “el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”³⁹.

3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

A) Nulidad del contrato por defectos en la información: aplicación del régimen del error y el dolo.

Dentro de las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información puede generar para quien, debiendo conocer la información, no la proporcionó, o lo hizo de manera incorrecta, o cuando debiendo conocerla, no lo hizo, podría destacarse la indemnización de daños y perjuicios y la nulidad del contrato, no así su resolución⁴⁰.

38 Vid. SAP de Barcelona 18 mayo 2009, Fundamento Tercero: “Como con gran precisión y acierto expresa la sentencia, la finalidad del precepto legal, que impone exigencias informativas al franquiciador con una antelación mínima a la celebración del contrato o precontrato (en definitiva, precisamos nosotros, a la acusación de cualquier tipo de compromiso u obligación de la franquicia) es clara y no puede ser otra que la de instituir un auténtico período de reflexión, muy similar al “cool period” existente en la regulación aplicable a numerosos contratos celebrados por consumidores (contratos concluidos fuera de establecimientos comerciales, contratos concluidos a distancia, contratos de aprovechamiento de inmuebles compartidos, etc.) teniendo que proteger al franquiciado de compromisos insuficientemente informados o simplemente precipitados. La propia norma ya valora y objetiviza la situación de déficit informativo que se produce fuera del marco legalmente acotado y dispone que en ese caso el contrato es contrario a derecho. No tiene sentido, por tanto, entrar a elucubrar en el caso concreto, en que se produce una situación de incumplimiento normativo, sobre el grado de conocimiento que pudo alcanzar la otra parte a fin de poder considerarlo suficiente. Es la ley la que se considera suficiente o no y en ese caso no lo ha sido. Los términos de la demanda y la solución del conflicto han obedecido a este planteamiento, es decir el incumplimiento de los requisitos legales establecidos para garantizar el cumplido conocimiento de la parte de las circunstancias del contrato de franquicia cuyo alcance y exigibilidad no pudieron llegar a calibrarse adecuadamente. No se ha producido ningún tipo de incongruencia. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de información, aunque no las exprese la ley, es obvio que han de estar en coherencia con la liberación del franquiciado, sea por la vía de la nulidad del contrato o de la posibilidad de desistimiento. En cualquier caso, lo que está claro es que no puede quedar sujeto y perjudicado económicamente por el mero hecho de la firma del documento contractual o del pago. Volviendo a utilizar los términos de la sentencia de primera instancia, cualquier otra interpretación llevaría a la norma a la categoría de “lex imperfecta”, carente de sanción y, por tanto, de todo efecto útil. Otra cosa que hay que decir, saliendo al paso de determinadas alegaciones de la parte apelante, es que el momento decisivo donde concurre el incumplimiento relevante es el de la suscripción del contrato no el posterior en que se ejerce la facultad de anulación o de separación”.

39 Dicha exigencia queda también recogida en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia (principio 2.3).

40 DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites*, cit., p. 63. Véase, para una mayor profundización, MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Astrea, 2017.

El contrato podría ser anulado si concurriera un vicio en el consentimiento, es decir, error o dolo. La diferencia más importante entre ambos conceptos es la intencionalidad de la conducta que comete el vicio.

Por un lado, el error se define como: “una falsa representación de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio”⁴¹. En el caso que nos ocupa, los contratos de distribución, más concretamente en el marco de la información precontractual, el error en la información suministrada tendría relevancia si el distribuidor habiendo conocido esa información o bien no hubiera contratado, o lo habría hecho en condiciones diferentes.

Según lo establecido en el art. 1266 CC: “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”.

Según la doctrina y la jurisprudencia, para que del error surjan efectos que puedan anular el contrato, debe recaer sobre un aspecto esencial del mismo, tal y como se desprende del tenor literal de la norma. Y, asimismo, debe de ser un error excusable por quien lo soporta, requisito que no se recoge específicamente en el Código Civil, y que exigiría que el error no se haya debido a su negligencia, lo que significa que si el error pudiera haber desaparecido si el errado hubiera empleado una diligencia media, no se apreciaría su existencia. Cuanta más profesionalidad pueda constatarse en la parte que reclama el error, más difícil será probar la excusabilidad del mismo, como han señalado, de nuevo, la doctrina y la jurisprudencia⁴². De esa manera, si pudiera haber desaparecido el error o si el que comete el error hubiera actuado con una diligencia media, que le hubiese permitido enmendarlo, no se apreciaría la existencia de error. No obstante, al contrario que el dolo, lo usual es que el error no lleve aparejado un resarcimiento por daños y perjuicios a los agraviados, sino tan sólo la anulación del contrato, aunque en algunas sentencias sí que se ha determinado⁴³.

41 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, II, 8ª ed., Tecnos, Madrid, p. 63.

42 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil* II, 8ª ed. Madrid p.63 y ss. y MORALES MORENO, A.: “Artículo 1266 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, (dirs. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., SALVADOR CODERCH, P. y PAZ-ARES, C.), 2ª ed., Tecnos, Madrid 1993, 2ª ed. pp. 462 y 463.

43 Vid. SAP de Madrid, sentencia núm. 83/2010, de 30 de diciembre, Fundamento Tercero señala que: “De ello se colige una primera conclusión, cuál es, la difícil verosimilitud en la concurrencia de un vicio de consentimiento, mediando, a mayor abultamiento, la cualidad en la actora de la empresa profesional del sector, con lo que tal circunstancia conlleva en orden a la suscripción de contratos, ya que para que este se produzca, como vicio de la voluntad negocial, es necesario que el error sea invalidante del consentimiento prestado (art. 1266 CC)”.

Por otro lado, encontramos el dolo, definido en el art. 1269 CC: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Y sus consecuencias en el art. 1270 CC: “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá de ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes”. Asimismo, en el art. 1270 CC se establece que el dolo incidental no es suficiente para anular el contrato y sólo obliga a indemnizar los daños y perjuicios a quien lo cometió. Debemos de matizar que, en los artículos antes mencionados del Código Civil en los que se recoge el dolo, se hace desde una doble representación, como un vicio del consentimiento que da lugar a la anulación del contrato y, como supuesto de culpa en la negociación o “*contrahendo*”⁴⁴.

Junto con el error, el denominado dolo “*in contrahendo*”, como vicio de la voluntad, consiste en un vicio del consentimiento y por tanto una causa de nulidad del contrato. El dolo puede radicar una actuación que tiende a originar engaño en la otra parte o en una omisión del deber de aclaración (dolo omisivo) ocultando de manera intencionada determinada información que debía haber sido proporcionada.

Puesto que existe una gran similitud y analogía entre el error y el dolo, de manera que incluso incurrir en el error puede ser a causa del dolo, algunos autores plantean la unificación de ambos, ya que sus diferencias se basan únicamente en la intención de engañar en el dolo y en que, por lo tanto, no hace falta que se demuestren los elementos que en el error si es necesario probar (excusabilidad). Eso sí, el dolo, al igual que el error, debe de ser grave, ya que no se produciría la anulación del contrato si el dolo fuera incidental, pero sí que podría generar daños y perjuicios, como se ha mencionado anteriormente. Cabe matizar que el dolo debe de ser probado, por lo que no se presume, precisamente por su carácter externo, a diferencia del error, que se ha calificado como algo “íntimo, psicológico pues es una creencia o estado de ánimo que no tiene exteriorización”⁴⁵. En definitiva, el dolo no se presume, y da lugar a un resarcimiento que, si bien en el C.C. se refiere al dolo incidental, se entiende también aplicable al dolo causante.

B) Jurisprudencia sobre el error y el dolo en los contratos de distribución.

En primer lugar, y por lo que respecta al error, muchas de las demandas de nulidad de contratos de distribución están basadas en su concurrencia, sobre todo en el contrato de franquicia, ya que el franquiciado no consigue los beneficios esperados. Los tribunales, en esos casos, suelen exigir que el error sea esencial, es decir, que la frustración de las expectativas del franquiciado se deba a razones

44 DE COSSIO, A.: *El dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2004, p. 187 y ss.

45 DE COSSIO, A.: *El dolo*, cit., p. 187.

objetivas y no meramente subjetivas, y que concurra una información precontractual deficiente que haya causado el error sobre los elementos esenciales del contrato⁴⁶. De esta forma, se señala que cualquier pretensión de nulidad del contrato basada en el error, debe recaer sobre un elemento esencial del contrato sin que tenga este carácter la información que pueda suministrarse sobre las inversiones y beneficios posibles que, consecuencia del contrato de distribución, se pudieran generar⁴⁷. En ese sentido, también se recoge que para que el error invalide el consentimiento debería recaer sobre un elemento sustancial o condiciones principales del contrato y no sobre previsiones de beneficios o informaciones sobre la inversión⁴⁸. También hay que señalar que en muchos contratos de franquicia aparece una cláusula que señala que las informaciones sobre los beneficios esperados dependen de una serie de factores, principalmente del volumen de clientes que el franquiciado consiga y, que son de carácter meramente estimativo y en ningún caso una garantía por el franquiciador en relación a los resultados de la franquicia. El franquiciado tiene tiempo para informarse de los posibles beneficios lo que, como se ha puesto de relieve, hace más difícil probar la concurrencia del error excusable⁴⁹. Además, el art. 3 del RD 201/2010 sobre el contrato de franquicia sólo exige que si se incluye información sobre previsiones de ventas se hagan de manera racional y con fundamento en criterios objetivos⁵⁰.

Y, en segundo lugar, en ocasiones se encuentran demandas de nulidad en base a informaciones falsas relativas a la escasa experiencia del franquiciador, el número de franquicias existentes, el origen de determinados gastos etc. La nulidad del contrato por error exige que este ha de ser, además de relevante, sea excusable, y no sea imputable al que lo padece y no se haya podido evitar empleando una diligencia media o regular⁵¹.

46 Así se señala en la SAP Madrid 23 abril 2014 (APM:2014:18750): “Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero en todo caso, pueden ser tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos...lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. SE expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia”.

47 Sentencia AP de Madrid 6 noviembre 2007. “En el contrato de franquicia la causa o es la obtención de un lucro o beneficio puesto que, aun siendo el móvil subjetivo que guía a todo franquiciado, debe la causa tener carácter meramente objetivo, esto es, la finalidad que se persigue con el contrato no es otra para el franquiciado que la explotación y gestión de una actividad de restauración con base a los métodos de Cañas y Tapas”.

48 Que en el ámbito de la franquicia son calificadas por la SAP de Barcelona 21 septiembre 2004 (APB:2004/6263) como “prestaciones accesorias precontractuales.”

49 VALMAÑA OCHAITA, M^a. P.: La información, cit., p. 124.

50 En este sentido, vid. SAP Madrid 16 enero 2006 (APM:2006:20206).

51 SAP Madrid 23 abril 2014 (APM:2014:19538).

IV. CONCLUSIÓN.

En términos estrictamente económicos, la distribución comercial se refiere a los métodos que utilizan los fabricantes o productores para comercializar sus productos en el mercado, facilitando su llegada a los destinatarios finales, ya sean profesionales o consumidores. No obstante, más allá de su significado puramente económico, destaca la expansión de la sociedad de consumo, lo que conlleva un notable crecimiento de los mercados donde los productores pueden ofrecer sus productos o servicios. Esto hace que, en muchas ocasiones, sea conveniente establecer acuerdos de cooperación económica con otros empresarios independientes para colaborar en el proceso de comercialización, siguiendo un modelo de negocio, unas pautas comerciales, publicitarias y de cuidado de imagen de marca previamente determinadas de manera uniforme por el fabricante o proveedor para toda la red de distribución.

Sin embargo, a pesar de la gran importancia que tiene en nuestros días el fenómeno de la distribución, los contratos de distribución en su mayor parte son atípicos, en tanto que carecen de régimen legal. Un intento para su regulación se llevó a cabo por la Propuesta del Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución elaborado por la Comisión General de Codificación y, otro intento, por el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución. La atipicidad de estos contratos plantea el problema de encontrar un régimen jurídico subsidiario que pueda cubrir las lagunas no cubiertas por la voluntad de las partes. Así, en general los contratos de distribución son contratos de adhesión en los que, aunque ambas partes reúnen la condición de empresarios, una de las mismas tiene el carácter de contratante débil y por lo tanto en ocasiones merece una tutela específica ante situaciones de asimetría informativa. Por ello puede ser conveniente una regulación especial de los deberes precontractuales de información o en su caso, la aplicación analógica de los que rigen en materia de franquicia.

Por un lado, conviene resaltar que, tanto en la regulación sobre los contratos de franquicia y en ese sentido también se establece por la jurisprudencia, el suministro de información precontractual es obligatorio. En consecuencia, existe para el franquiciador un deber de informar y para el franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información suministrada en el precontrato. Por otro lado, en cuanto a las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información puede generar para quien, debiendo conocer la información no la otorgó, o lo hizo de manera incorrecta, o cuando debiendo conocerla, no lo hizo, podría llevar consigo una indemnización de daños y perjuicios y la nulidad del contrato.

En conclusión, a nuestro parecer, podemos determinar que, de forma análoga al contrato de franquicia, tanto la falta de información (nulidad), como la proporción

de información de carácter falsa (anualidad), lleva consigo la terminación de la relación precontractual entre el proveedor y el distribuidor en cualquier contrato de distribución. No obstante, para suscitar la anulabilidad del contrato por dolo o por error, el primer supuesto debe ser de manera intencionada, es decir, que en la actuación ha concurrido engaño y, en el segundo, que éste sea relevante, excusable y no se haya podido evitar empleando una diligencia media o regular.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Anteproyecto de ley de contratos de distribución", CMS Albiñana & Suárez de Lezo, junio 2011.

ALONSO SOTO, R.:

- "Los contratos de distribución comercial", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Navarra, 2007.
- "Tipología de los contratos de distribución comercial", en AA.VV.: *Los contratos de distribución* (dir. por ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., VIERA GONZÁLEZ, A. J.), La Ley, 2010.

ARENAS GARCÍA, R.: "La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II" *InDret*, 2008.

CARBAJO CASCÓN, F.: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

DANIEL VÁZQUEZ, A., ALONSO SOTO, R. y BALCELLS CABANAS, J. M.: *Los Contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE COSSÍO, A.: *El dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2004.

DE LA MAZA GAZMURI, I.: *Los límites del deber precontractual de la información*, Aranzadi, Navarra, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, II, 8ª ed., Tecnos, Madrid.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "El contrato de franquicia", en AA.VV.: *Contratos mercantiles*, Aranzadi, Navarra, 2009.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho Español*, Tecnos, 1991.

GÓMEZ-POMAR F. y GILI SALDAÑA, M.: "Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución", *InDret*, 1/2010.

JARNE MUÑOZ, P.: "El intuitu personae en los contratos de distribución integrada", *Actualidad civil*, núm. 6, 2016.

MORALES MORENO, A. M.:

- "Artículo 1266 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, (dirs. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., SALVADOR CODERCH, P. y PAZ-ARES, J. C.), Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1993.

- *El error en los contratos*, Astrea, 2017.

SEGURA MENA, R. E.: "El contrato de know how y licencia del know how", *Revista el foro*, núm. 12, 2012.

RUIZ PERIS, J. I.: *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Navarra, 2000.

VALMAÑA OCHAITA, M^a. P.: "La información precontractual en los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos", en AA. VV.: (ALCALÁ DIAZ, M. A. dir.) *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, 2015.



LA VENTA DE CRÉDITOS EN SITUACIÓN DE
INCUMPLIMIENTO: ASPECTOS PROCESALES

THE SALE OF CREDITS IN DEFAULT: PROCEDURAL ASPECTS

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 154-179

Rebeca
CASTRILLO
SANTAMARÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: La venta de créditos en situación de incumplimiento es una modalidad de contratación empresarial que ha experimentado un especial desarrollo, con notorias consecuencias en la actividad de los órganos judiciales de la jurisdicción civil española. El estudio de los aspectos procesales de dicha modalidad de contratación empresarial, centrados en la sucesión procesal, constituye el objetivo general de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Venta; crédito; incumplimiento; sucesión; procesal.

ABSTRACT: *The sale of credits in default is a form of business contracting that has experienced significant development, with significant consequences for the activities of the Spanish civil courts. The study of the procedural aspects of this form of business contracting, focusing on procedural succession, is the general objective of this paper.*

KEY WORDS: *Aale; credit; default; succession; procedural.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. VENTA DE CRÉDITOS EN SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO: CESIÓN DEL CRÉDITO.- 1. Distinción de figuras afines: cesión de contrato.- 2. Efectos de la cesión del crédito.- III. ASPECTOS PROCESALES DE LA VENTA DE CRÉDITOS EN SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO: SUCESIÓN PROCESAL.- 1. La sucesión previa a la reclamación judicial del crédito.- 2. La sucesión procesal.- A) *Proceso declarativo*.- B) *Ejecución*.- 3. Acreditación documental fehaciente y suficiente de la sucesión.- A) *Documentación fehaciente*.- B) *Acreditación del precio de la cesión del crédito*.- 4. Supuesto de acreditación documental fehaciente de la sucesión.- 5. Ausencia de acreditación documental fehaciente de la sucesión.- 6. Régimen de recursos.- A) *Admisión o denegación de la sucesión con ocasión del despacho de la ejecución*.- B) *Admisión o denegación de la sucesión con posterioridad al despacho de la ejecución*.- IV. SUCESIÓN Y EJERCICIO DESLEAL DEL DERECHO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el ámbito de la contratación empresarial, hace años que en España comenzó el desarrollo de un mercado para la venta de créditos en situación de incumplimiento, los denominados *non-performing loans* (NPL)¹. Se trata de una modalidad de contratación empresarial que debe entenderse en el contexto del ciclo de un crédito que, naturalmente, finalizaría con la devolución a la entidad prestamista del principal e intereses, pero durante el cual se pueden producir impagos que dicha entidad gestiona, mediante su venta, para minimizar las pérdidas ocasionadas como consecuencia de dichos impagos. Así, surge esta modalidad de contratación empresarial como una herramienta utilizada para garantizar la liquidez y reforzar la solvencia de las entidades financieras² y que, en la actualidad, como consecuencia del incremento de la compra masiva de carteras de créditos en situación de incumplimiento, sustenta la mayor parte de las reclamaciones que se plantean ante los órganos judiciales de la jurisdicción civil española³.

Efectivamente, es un hecho notorio que un porcentaje altísimo de la actividad de dichos órganos judiciales lo constituye la tramitación y resolución de reclamaciones de créditos en situación de incumplimiento en los que, bien antes del inicio del proceso judicial de reclamación, bien durante el mismo, bien

1 Créditos de muy distintas características en situación de incumplimiento por impago y entre los que pueden entenderse comprendidos los conocidos como créditos o préstamos dudosos o exposiciones dudosas; en definitiva, pueden entenderse encuadradas en este concepto las exposiciones deudoras, según se definen en el art. 47 bis del Reglamento (UE) n.º 575/2013, del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012.

2 PÉREZ LÓPEZ, A., MOYA FERNÁNDEZ, A.J., y TRIGO SIERRA, E.: "Cuestiones Prácticas de las ventas de Carteras de créditos", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2012, núm. 33, pp. 45-46.

3 Téngase en cuenta que no existen datos oficiales de la magnitud de las reclamaciones judiciales derivadas de la venta de créditos en situación de incumplimiento o afectadas por tal negocio jurídico.

• Rebeca Castrillo Santamaría

Juez Sustituta del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Profesora Contratada Doctora. ORCID: 0000-0003-0177-5185.

una vez finalizado, antes o durante la fase de ejecución, tiene lugar su venta; por lo que nos encontramos ante una modalidad de contratación empresarial con un reflejo procesal innegable. Esto es así porque la transmisión extraprocesal del crédito en situación de incumplimiento a través del negocio jurídico de su venta, más conocida como cesión de crédito, da lugar a una modificación subjetiva de la relación obligatoria en la persona del acreedor y que en el procedimiento civil puede dar lugar a un cambio o sustitución de la persona que ocupe o pueda ocupar la posición procesal de demandante o ejecutante, tanto en fase de reclamación del crédito como en la fase de ejecución de un título, judicial o extrajudicial, con origen en un crédito dudoso. Es lo que se conoce como sucesión procesal.

En este contexto, se justifica el estudio, desde una perspectiva procesal, de la modalidad de contratación empresarial que nos ocupa, que tanto auge ha experimentado en los últimos tiempos, con repercusiones notorias en el ámbito del proceso civil. Así, se afronta un estudio que, en primer término, se desarrollará a través de la aproximación a la figura de la venta de créditos en situación de incumplimiento, desde una perspectiva de derecho material, diferenciándola de otras instituciones afines y con significación de sus implicaciones más relevantes. En segundo lugar, mediante la exposición y análisis de sus aspectos procesales, concentrados en la figura de la sucesión procesal, especialmente, durante el proceso de ejecución, pues es en este contexto en el que, en mayor medida, se han evidenciado los aspectos procesales de esta modalidad de contratación empresarial. Lo anterior, sin desconocer las manifestaciones derivadas de la cesión tardía de estos créditos y que ha dado lugar al planteamiento, en este contexto, de la figura del ejercicio desleal del derecho. Se formularán, finalmente, una serie de conclusiones, derivadas del análisis previamente realizado y que, como es procedente, se espera que sirvan a la reflexión y, en su caso, formulación de propuestas de mejora.

II. VENTA DE CRÉDITOS EN SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO: CESIÓN DEL CRÉDITO.

La venta de créditos en situación de incumplimiento se identifica con lo que, en la práctica forense, se conoce como contrato de cesión de créditos, la que se encuentra regulada en los arts. 1526 y ss. del Código Civil (en adelante, CC), previéndose, igualmente, como un supuesto de novación modificativa de carácter subjetivo de las obligaciones (art. 1203.3º CC). Jurisprudencialmente, como expone la STS 20 abril 2023, se define como «un negocio jurídico bilateral en virtud del cual el acreedor-cedente transfiere por actos *inter vivos* la titularidad de su crédito a un tercero (cesionario), con lo que el crédito se le hace circular»⁴.

4 STS 20 abril 2023 (LA LEY 63949, 2023).

Un adecuado entendimiento de los aspectos procesales de esta modalidad de contratación empresarial exige tanto su delimitación y distinción respecto de otras formas de contratación empresarial con las que suele confundirse, como es el caso de la cesión del contrato, como el análisis de aspectos tan relevantes como los efectos propios de la cesión del crédito; lo que se abordará a continuación.

I. Distinción de figuras afines: cesión de contrato.

En el estudio que nos ocupa, resulta importante la distinción de los negocios de cesión de crédito y cesión de contratos de crédito pues tal diferenciación conlleva importantes consecuencias desde el punto de vista del deudor, dado que en las cesiones de crédito sólo se requiere la notificación de la cesión al deudor y, por el contrario, en las cesiones de contratos de crédito se requiere su consentimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una regulación específica de la figura jurídica de la cesión de contrato. No obstante, como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo⁵, se trata de una figura contractual plenamente configurada por la doctrina científica y jurisprudencial, en cuanto a su alcance y efectos, que se presenta como la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, que presupone la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes. Si no es así, es decir, si la reciprocidad de obligaciones ha desaparecido, por haber cumplido una de las partes aquello a lo que venía obligada, podrá haber una cesión de crédito, si cede el cumplidor, o una cesión de deuda, si cede el que no ha cumplido.

En estos supuestos de cesión de crédito o cesión de deuda, la doctrina jurisprudencial se ha preocupado por aclarar que no es exigible el consentimiento del deudor⁶; de forma que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas aún no se han cumplido, en cuyo supuesto, sí que es exigible la prestación del consentimiento, anterior, coetáneo o posterior, del contratante cedido. En los supuestos en los que la parte cedente ha cumplido sus obligaciones contractuales, ha desaparecido el carácter sinalagmático del contrato primitivo, al no existir reciprocidad de obligaciones, se produce la figura de la cesión de créditos, a virtud de la cual sólo se cede, a favor de un tercero, la posición acreedora del contratante vendedor, con todas las consecuencias que tal cesión lleve aparejadas, para lo que no exige la prestación de consentimiento por parte del cedido, que sólo permanece

5 SSTS 23 octubre 1984 (LA LEY 9262-JF, 000) y 9 julio 2003 (LA LEY 10053, 2004). También, la STS 19 febrero 2004 (LA LEY 13421, 2004), cuando señala que: “[...] la jurisprudencia admite que pueda cada una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas”, siempre que se cumplan dos condiciones: (i) “si éstas [las prestaciones] no han sido todavía cumplidas”, y (ii) “que la otra parte lo consienta”.

6 SSTS 23 octubre 1984 (LA LEY 9262-JF, 0000) y 9 julio 2003 (LA LEY 2650, 2003).

en el contrato como deudor, frente a la posición acreedora del cesionario, y todo ello como consecuencia del cumplimiento, por parte del cedente, de su obligación, subsistiendo únicamente, la obligación incumplida del deudor cedido.

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo⁷, asumiendo la doctrina reseñada en relación con la cesión de contrato, frente a la cesión de créditos, señaló que la base del negocio de la cesión de contrato se proyecta sobre el propósito común de las partes de transmitir al cesionario el contenido contractual de la relación negocial del cedente a los efectos de subrogarle en su misma posición contractual, de forma unitaria e íntegra, en el entramado de derechos y obligaciones dimanantes del contrato cedido; y la consecuencia que provoca el alcance de esos efectos, en relación con el *principio de relatividad de los contratos*, es la exigencia del consentimiento del deudor cedido en el caso de la cesión del contrato. A diferencia de la cesión de crédito, que puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo deudor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento, el hecho a favor del cedente.

Como ha señalado la doctrina, la regla de la innecesariedad del consentimiento del deudor para que la cesión sea considerada válida encuentra una excepción en la cesión de un crédito relativo a obligaciones sinalagmáticas, pues en estos casos el crédito de una parte tiene una correlativa obligación. De forma que no se transmite solamente la parte positiva de la relación obligatoria, sino el haz completo de derechos, obligaciones y acciones derivadas del contrato, por lo que el deudor cedido también ostenta la posición de acreedor respecto del acreedor-cedente, y, en consecuencia, tiene un interés directo en que quien haya de subrogarse en la posición del acreedor (cesionario) cuente con la solvencia necesaria para hacer frente a sus nuevas obligaciones.

Como afirmó la STS 9 julio 2003: “[...] el efecto característico de la cesión del contrato [...] es la asunción por el cesionario, en virtud de su subrogación en la posición contractual, de las obligaciones pendientes que incumbían al cedente”⁸, lo que justifica que la cesión en estos casos requiera el conocimiento y consentimiento del deudor cedido. Justificación que no concurre cuando las obligaciones del acreedor cedente ya no se encuentren pendientes de cumplimiento. Esto es lo que ocurre cuando la entidad prestamista ya ha cumplido lo que le corresponde, al haber transferido al deudor el importe del capital, y lo que queda por cumplir es la obligación de pago por el prestatario y el crédito para exigir su cumplimiento fue lo cedido, por lo que no se precisa consentimiento del deudor.

⁷ STS 25 de febrero 2013 (LA LEY 148674, 2013).

⁸ STS 9 julio 2003 (LA LEY 2650, 2003).

2. Efectos de la cesión del crédito.

Como se ha adelantado, a diferencia de la cesión de contrato (que implica una relación trilateral en la que se requiere el consentimiento de cedente, cesionario y cedido), la cesión del crédito es un negocio bilateral, entre cedente y cesionario, que puede hacerse sin consentimiento ni conocimiento previo del deudor y aún en contra de su voluntad. Por ello, la notificación de la cesión del crédito tiene por finalidad poner en conocimiento del deudor la existencia de un nuevo acreedor en lugar del anterior y su vinculación con él, de forma que no podrá reputarse legítimo el pago hecho con posterioridad al cedente.

Tal y como afirma la doctrina jurisprudencial, en la cesión del crédito el deudor cedido es un tercero cuyo consentimiento no es preciso, sin perjuicio de los efectos que provoca su conocimiento de la cesión, que le debe ser notificada (arts. 1527, 1198 y 1887 CC), pudiendo hasta ese momento el deudor pagar y compensar créditos contra el cedente (STS 13 de junio 2011⁹), tratándose de una modificación subjetiva por sustitución de la persona del acreedor, sin alteración de la relación jurídica¹⁰.

La doctrina jurisprudencial ha sistematizado los efectos de la cesión de crédito en los tres siguientes:

a) el cesionario adquiere la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía el acreedor cedente, permaneciendo incólume la relación obligatoria;

b) el deudor debe pagar al nuevo acreedor; y,

c) al deudor le asiste el derecho de oponer al cesionario, todas las excepciones que tuviera frente al cedente¹¹.

Por tanto, el cesionario puede reclamar la totalidad del crédito cedido, con independencia de lo pagado, y el deudor sólo está obligado a pagar la realidad de lo debido. Es decir, por un lado, el deudor no quedará obligado por la cesión a más que lo estuviere por el contrato cedido; y, por otro lado, el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente.

9 STS 13 junio 2011 (LA LEY 98630, 2011).

10 En dicho sentido, las SSTs 25 enero 2008 (LA LEY 874, 2008) y 11 febrero 2015 (LA LEY 4598, 2015): "La cesión del crédito la contempla el Código civil dentro del contrato de compraventa, artículos 1526 y siguientes aunque ciertamente no es una verdadera venta sino la cesión que puede tener como causa la venta u otro negocio jurídico (así, sentencias de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005) cuyo deudor no ha de consentir el negocio de cesión para que pueda llevarse a cabo (sentencia de 1 de octubre de 2001). Su concepto es la sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho del anterior y quedando el antiguo ajeno a la relación crediticia (sentencias citadas de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005)".

11 Dicha doctrina jurisprudencial se recoge en la STS 30 abril 2007 (LA LEY 23105, 2007).

La inmunidad del deudor frente a cualquier efecto perjudicial derivado de la cesión del crédito de su acreedor a un tercero es otro de los efectos de la cesión, que también responde al principio de relatividad de los contratos. Como declaró la STS 15 julio 2002:

“Por la cesión de créditos no puede sufrir el deudor cedido ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (art. 1.257, párrafo 1º, Cód. civ.). Su conocimiento de la cesión lo único que hace es variar el destinatario del pago, que en lugar del cedente será el cesionario”¹².

En todo caso, el requisito de la notificación no es necesario para la validez de la cesión sino, únicamente, una exigencia precisa para que la cesión sea oponible al deudor; en tanto en cuanto el conocimiento de la cesión excluye la legitimidad del pago hecho al cedente¹³. Por tanto, si el deudor paga al cedente antes de tener conocimiento de la cesión, ese pago es liberatorio de su obligación, y podrá hacerlo valer frente al cesionario al igual que cualquier otro hecho extintivo del crédito, como la compensación (art. 1198 CC). Ello, en tanto en cuenta la cesión les es inoponible al deudor antes de conocerla¹⁴.

III. ASPECTOS PROCESALES DE LA VENTA DE CRÉDITOS EN SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO: SUCESIÓN PROCESAL.

La adquisición de créditos en situación de incumplimiento viene produciéndose a favor de fondos de inversión, dispuestos a asumir los riesgos asociados a dichos activos, que persiguen un recobro de los créditos lo más rápido posible, mediante el inicio de procedimientos judiciales o extrajudiciales.

De ahí que, desde el punto de vista procesal, la condición de los créditos en situación de incumplimiento por impago pueda ser diverso, según que la reclamación se haya o no judicializado y, de haberse judicializado, según que la reclamación se encuentre en fase declarativa de la deuda y de condena a su pago¹⁵ o, de haberse producido lo anterior, y ante la falta de voluntariedad en el pago, en fase ejecutiva, para su cobro forzoso.

¹² STS 15 julio 2002 (LA LEY 307, 2003).

¹³ SSTS 28 noviembre 2012 (LA LEY 235200, 2012) y 20 abril 2023 (LA LEY 63949, 2023).

¹⁴ De ahí que, en el contexto de los créditos hipotecarios, el art. 176 del Reglamento Hipotecario permita la cancelación de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario por la carta de pago del cedente, si no consta en la inscripción la notificación (art. 243 RH).

¹⁵ En este contexto, con carácter general y a meros efectos dialécticos, cabe entender incluidos los procedimientos declarativos en sentido estricto, como serían los procedimientos de juicio ordinario (art. 249 LEC) y de juicio verbal (art. 250 LEC) y, además, el procedimiento especial de juicio monitorio (arts. 812 a 818 LEC), que no sólo puede dar lugar a los anteriores (art. 818 LEC), en caso de oposición del deudor, sino que, para el caso de no atender el deudor el requerimiento de pago, o en caso de falta de comparecencia del mismo, puede dar lugar al despacho de ejecución, si así lo solicitare el acreedor (art. 816 LEC).

1. La sucesión previa a la reclamación judicial del crédito.

En el contexto que nos ocupa, de la sucesión previa a la reclamación judicial del crédito cabe hablar para hacer referencia a la modificación subjetiva de la obligación; es decir, al supuesto de cambio del acreedor o deudor, manteniéndose invariables el resto de los términos de la obligación. En definitiva, un cambio o modificación subjetiva de la relación obligatoria, que se produce en el ámbito de lo fáctico y que, en principio, sólo produce efectos en el ámbito material, que no procesal.

No obstante, la transmisión extra procesal del derecho subjetivo o de la titularidad del bien o relación jurídica podrá dar lugar a un cambio o sustitución de la persona que ocupe o pueda ocupar una determinada posición procesal¹⁶; interesándonos, en este estudio, la transmisión o sucesión del crédito que se produce en la persona del acreedor, que se identifica con la figura de la cesión del crédito que ha sido analizada anteriormente y que, a tenor del art. 1112 CC, permite la transmisión de los derechos derivados de una obligación, con independencia de la voluntad del deudor, salvo pacto en contrato o en el caso de derechos personalísimos.

Esta sucesión, en el ámbito de lo material, es necesario que se produzca para que, a la postre, podamos hablar de sucesión procesal; pues la que la mera modificación subjetiva de la relación obligatoria no conlleva la sucesión¹⁷. Se trata de una incidencia que se produce fuera del proceso, pero que en este debe tener su reflejo para que el sucesor pueda pasar a ser titular de los derechos, bienes y obligaciones objeto de dicho proceso¹⁸.

2. La sucesión procesal.

La relación procesal debe ser mantenida entre las mismas partes y con la misma cualidad jurídica entre las que se constituye (*principio de invariabilidad de las partes*)¹⁹; de ahí que lo habitual en toda relación procesal es que sus titulares, los originarios demandante y demandado, estén presentes durante todo el proceso.

16 Así lo afirma MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Pluralidad de partes", en AA.VV.: *Proceso Civil. Derecho Procesal II* (Coord. por J.L. GÓMEZ COLOMER y S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2024, p. 123.

17 LÓPEZ YAGÜES, V.: "La legitimación", en AA.VV.: *Derecho Procesal Civil. Parte General* (dir. J.M. ASENCIO MELLADO y coord. O. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2024, p. 87.

18 Vid. STS 11 febrero 2003 (LA LEY 11445, 2003). En la doctrina científica, afirma MARTÍNEZ DEL TORO, S.: "Casuística de la sucesión procesal civil", *Práctica de Tribunales*, 2018, núm. 132, p. 3, "[...] la transmisión extraprocual del objeto del proceso no produce directamente el cambio de parte que es la sucesión procesal, de ahí que se hable de autonomía procesal de la sucesión, siendo necesario cumplir determinados presupuestos y requisitos procesales para que se produzca el cambio de parte procesal".

19 Al que se alude, entre otras, en la STS 18 diciembre 2001 (LA LEY 1810, 2002).

Sin embargo, durante la tramitación de un procedimiento pueden concurrir determinadas circunstancias que impidan la continuidad de los originarios titulares de la relación procesal. Tal es el caso de los cambios subjetivos en la relación obligatoria que, a su vez, producen cambios en la identidad subjetiva de la identidad de las partes del proceso.

Por ello, y con el objetivo de evitar la extinción del proceso, se articula la sucesión procesal, que puede definirse como el cambio que se produce durante la pendency del proceso de un sujeto que, originariamente, ostentaba una posición procesal, por otro, como consecuencia de la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* del objeto litigioso, de manera que este último sujeto asume la posición jurídica procesal del originario²⁰. Por tanto, consiste la sucesión procesal en la adquisición de la situación jurídica procesal que ostentaba un determinado sujeto en un proceso, por otro sujeto al que le han sido transmitidos los derechos, obligaciones y relaciones jurídicas del primero. Así, la sucesión procesal es la excepción al principio de la *perpetuatio legitimationis*, conforme al cual la relación procesal debe ser mantenida entre las mismas personas (y con la misma cualidad jurídica) entre las que se constituyó²¹.

Trasladado lo anterior al supuesto de venta de créditos en situación de incumplimiento, resulta que, desde el momento en el que el comprador adquiere el crédito, o la cartera de créditos, pendiente el procedimiento, cobra relieve la conocida como «sucesión procesal», por virtud de la cual el comprador del crédito (en situación de incumplimiento) pasa a ocupar la posición procesal del vendedor en los procedimientos de reclamación ya iniciados así como a continuar con las actuaciones sin que se perjudique su situación como demandante.

A) Proceso declarativo.

Para el procedimiento declarativo, la sucesión procesal se encuentra regulada en los arts. 16 a 18 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), presentándose bajo cuatro modalidades:

a) causa de muerte (art. 16 LEC);

20 En relación con la definición de la institución de la 'sucesión procesal', en la doctrina científica, vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: "Pluralidad de partes y sucesión procesal", en AA.VV.: Derecho Procesal Civil. Parte General, Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2024, p. 119; CALAZA LÓPEZ, M.S.: "Los presupuestos procesales de las partes (II)", en AA.VV.: Derecho Procesal Civil. Parte general, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2024, p. 145; NIEVA FENOLL, J.: Derecho Procesal II (Proceso Civil), Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2024, p. 70; MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Pluralidad de", cit., p. 126.

21 La STS 4 septiembre 2014 (LA LEY 131205, 2014), declaró que la litispendencia "ocasiona el efecto de la 'perpetuatio legitimationis' [perpetuación de la legitimación]. En virtud de este efecto, como dispone el artículo 413.1 LEC, no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que con posterioridad a este momento "introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención".

b) transmisión del objeto litigioso (art. 17.I LEC);

c) intervención provocada (art. 18 LEC);

d) modificación de la persona jurídica (admitida por la doctrina y jurisprudencia en los supuestos de fusión y absorción de la persona jurídica)²².

La venta de créditos en situación de incumplimiento se enmarca en la modalidad de transmisión del objeto litigioso “pendiente un juicio”, pues las cosas, aun siendo objeto del litigio, pueden ser objeto de un acto dispositivo de su titular, siempre y cuando no se haga en perjuicio del acreedor.

Sin embargo, la simple transmisión de la cosa litigiosa no supone de forma automática la sucesión procesal puesto que, a tenor del art. 17.I LEC, ha de ser objeto de resolución por el órgano judicial, a petición exclusiva de la parte adquirente, previa audiencia de la otra parte y atendiendo a las circunstancias del caso.

Por tanto, para que pueda darse la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso será imprescindible: la litispendencia o existencia de un proceso pendiente, que el adquirente solicite la sucesión por transmisión del objeto litigioso y que la sucesión procesal sea autorizada por el órgano judicial. Debiendo tenerse en cuenta que, tal y como dispone la norma, no se accederá a la pretensión de sucesión procesal si formulada oposición a la entrada en el juicio del adquirente el opositor acredita «que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que penden una reconvencción, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa» (art. 17.2 LEC).

B) Proceso de ejecución.

El art. 538 LEC determina que la ejecución podrá despacharse (i) a favor de quien aparezca en el título ejecutivo como acreedor y (ii) frente a quien aparezca en el mismo título como deudor. Y, partiendo de lo anterior, el art. 540 LEC regula el supuesto de sucesión de quien figure en el título ejecutivo como parte ejecutante o ejecutada, tanto para el caso de que aquella se produzca antes del inicio del procedimiento de ejecución como durante el mismo²³. Se alude a la “sucesión”, y

22 Como recuerda la STS 27 febrero 2008 (LA LEY 92665, 2008), entre los “[...] supuestos de sucesión figura la absorción de una entidad mercantil litigante por otra sociedad ya existente de nueva creación, pues al producirse la extinción de la personalidad de la primera debe ser sustituida en el proceso por la absorbente [...]”.

23 Debe tenerse en cuenta que la redacción actual del art. 540 LEC es fruto de la modificación operada en la LEC por el artículo único 59 de la Ley 42/2015, de octubre (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015), y que la misma permitió superar la vieja polémica relativa a la imposibilidad de aplicación del art. 540 LEC a los supuestos de sucesión una vez despachada la ejecución.

no a la “sucesión procesal”, porque, en rigor jurídico, cabe sostener que la sucesión procesal sólo puede tener lugar una vez iniciado el proceso (“pendiente un juicio”, como ocurre en el supuesto del art. 17 LEC) y que en el caso de sucesión fuera del proceso judicial no cabe hablar de tal sucesión procesal²⁴, lo que se refuerza por la mera mención del art. 540 LEC a la sucesión, que no a la sucesión procesal.

Con todo, el art. 540 LEC es el cauce previsto por la LEC para dar viabilidad en el proceso de ejecución a la transmisión del derecho subjetivo o de la titularidad del bien o relación jurídica que sean o puedan ser objeto de este y que, en su caso, puede dar lugar a un cambio o sustitución de la persona que ocupa o puede ocupar una determinada posición procesal de las determinadas por el título ejecutivo.

Se trata de un precepto legal que acusa un importante déficit regulatorio²⁵ generando interrogantes procesales diversos a los que se debe intentar dar respuesta, para su mejor aplicación práctica. Especialmente, a la vista de la relevancia que en los últimos tiempos han adquirido los supuestos de sucesión como consecuencia de la adquisición masiva de carteras de créditos en situación de incumplimiento, técnica habitual de financiación utilizada en el sector bancario que adquiere actualidad en España a raíz de la crisis económica vivida en el periodo comprendido entre los años 2008 y 2014²⁶.

Actualmente, el art. 540 LEC permite realizar una distinción inicial de escenarios, con consecuencias diversas según el momento en el que se produzca el hecho determinante de la sucesión, antes del inicio del procedimiento de ejecución o durante la tramitación de este²⁷.

Así las cosas, en primer lugar, cabe hacer referencia a la sucesión previa al despacho de ejecución. En este supuesto, la interpretación de la norma nos permite afirmar que, si el hecho determinante de la sucesión se produce antes de iniciarse el proceso de ejecución, la misma deberá promoverse al tiempo de la solicitud o demanda de ejecución, bien por el acreedor ejecutante, si la sucesión

24 En dicho sentido, LORCA NAVARRETE, A. M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, 2.ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 211.

25 Del estudio de tal déficit regulatorio se ocupa PEREA GONZÁLEZ, A.: “La sucesión procesal en la ejecución forzosa y su déficit regulatorio”, *Práctica de Tribunales*, 2019, núm. 139.

26 Así lo pone de manifiesto AVILÉS GARCÍA, J.: “Ventas de carteras de créditos y protección de los consumidores”, *Diario La Ley*, 2019, núm. 9454, p. 2. Al respecto, vid. también, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “El mercado ‘secundario’ de créditos de dudoso cobro o non-performing loans (NPLs) y su régimen jurídico actual”, *LA LEY mercantil*, 2022, núm. 97.

27 No debe olvidarse que hasta la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, el tenor literal del art. 540 LEC no amparaba, de forma expresa, su aplicación a aquellos supuestos en los que la sucesión tenía lugar una vez despachada la ejecución, circunstancia esta que generó un importante debate doctrinal entre quienes consideraban que sólo procedía su aplicación y consideración en los supuestos de sucesión previa al despacho de la ejecución y quienes, con una interpretación más amplia, consideraban que también procedía su aplicación en los supuestos en los que la sucesión tuviera lugar una vez iniciada la ejecución y para la continuación de la misma. Como consecuencia de la reforma apuntada, el debate, afortunadamente, desapareció.

afecta a la parte deudora o ejecutada, bien por el cesionario de quien figure como acreedor en el título ejecutivo, si la sucesión afecta a la parte acreedora o ejecutante.

En estos casos, podría afirmarse que, en puridad, no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal pues la sucesión ni se produce ni se acuerda durante el proceso. Sencillamente, permitiendo el art. 540.I LEC que la ejecución se despache a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien aparezca en el mismo título como ejecutado, acreditada la realidad de la sucesión, el tribunal despachará ejecución sin necesidad de un especial pronunciamiento sobre aquella y teniendo por parte ejecutante o ejecutada al sucesor. Puede entenderse, por tanto, que el art. 540 LEC complementa o aclara la previsión del art. 538 LEC en cuanto a la/s persona/s a favor o en contra de quien/es puede darse el despacho de ejecución.

Pero el hecho determinante de la sucesión podrá tener lugar en un escenario diferente al anterior, durante la tramitación del procedimiento de ejecución, es decir, una vez iniciado el mismo, y cuando el cesionario, que solicita su entrada en el proceso y que se le tenga por personado y parte ejecutante, ha adquirido el crédito objeto de la ejecución. En estos casos, no es el transmitente quien puede solicitar que se le tenga por apartado del proceso, sino que deberá solicitarlo el adquirente, debiendo ello ser admitido por el tribunal²⁸.

3. Acreditación documental fehaciente y suficiente de la sucesión.

Un aspecto esencial de la sucesión procesal y, más concretamente, de la que se produce en los supuestos de venta de créditos en situación de incumplimiento, es la acreditación de la sucesión, es decir, de la transmisión o adquisición del crédito objeto del procedimiento judicial o, dicho, en otros términos, de la modificación subjetiva, por cambio del deudor, de la relación obligatoria que, a su vez, resulta necesaria para que opere la sucesión procesal.

Dada la ausencia total de referencia regulatoria de los términos en los que debe acreditarse la transmisión del objeto litigio pendiente un juicio declarativo (art. 17 LEC), se centrará el estudio en el análisis de la acreditación de la sucesión para los supuestos de ejecución, cuyas consideraciones, sin mayor dificultad, pueden entenderse aplicables a aquel supuesto.

En dicho sentido, cabe comenzar señalando que especialmente relevante es la exigencia del art. 540 LEC en cuanto a la acreditación documental suficiente

28 Así lo afirmó el AAP Sevilla 14 julio 2005 (LA LEY 157203, 2005).

y fehaciente de la sucesión como condición necesaria para que la misma pueda acordarse siendo este el único requisito exigido para que aquella pueda desplegar sus efectos en el proceso de ejecución.

También en este aspecto se evidencia el déficit regulatorio al que antes se ha hecho referencia, pues no se ocupa el art. 540 LEC de determinar cuáles son las concretas circunstancias que deberán acreditarse para que la sucesión despliegue sus efectos en el proceso de ejecución ni los documentos que, con carácter fehaciente, podrán conducir a la justificación y prueba de esta. No faltan voces que abogan por una reformulación del art. 540 LEC que, de forma tasada, establezca los extremos sobre los que debe proyectarse el examen de la suficiencia o las causas de denegación de la pretensión sucesoria, reforzando así la seguridad jurídica²⁹. Quizá, tal omisión deba justificarse por la imposibilidad de prever la totalidad de la casuística de los supuestos de sucesión, así como la condición de los documentos que sirvan para su acreditación siendo lo cierto que el silencio de la norma ha provocado la falta de uniformidad en la práctica de quienes solicitan la sucesión y de quienes tienen que resolver sobre la misma.

No obstante, puede afirmarse que la acreditación documental fehaciente y suficiente de la sucesión en el proceso de ejecución deberá permitir una clara e indubitada identificación de lo que haya sido objeto de la transmisión, que habrá de coincidir con lo que sea el objeto de la ejecución³⁰, y de la transmisión de dicho objeto, incluida la correspondiente a las partes intervinientes en la misma³¹. Ahora bien, debe reflexionarse sobre la naturaleza de la exigencia de la acreditación documental fehaciente a que se refiere el art. 540 LEC y, más concretamente, sobre si la misma viene referida a la acreditación de las circunstancias antes indicadas mediante documento público.

A) Documentación fehaciente.

Nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, no define lo que debe entenderse por documento fehaciente que, en sentido amplio, podría identificarse con aquel documento que ofrezca testimonio de certeza de un hecho. Tal sería el caso de los documentos públicos que, según dispone el art. 1218 CC, hacen prueba plena, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de

29 Al respecto, vid. PEREA GONZÁLEZ, A.: "La sucesión", cit., p. 7.

30 MARTÍNEZ DEL TORO, S.: "Casuística de", cit., p. 16.

31 De acuerdo con el AAP Ciudad Real 23 febrero 2023 (LA LEY 139069, 2023): "[...] la exigencia del órgano judicial [...] ha de ser extrema en cuanto se refiere a los presupuestos para la sucesión procesal: [H]a de estar acreditada la cesión (en documento fehaciente), identificando perfectamente el crédito, plenamente determinada y concretada la cantidad por la que se solicita continúe la ejecución, con aportación de los documentos necesarios en que se apoyen tales asertos. Cualquier fórmula genérica de solicitud o que ignore las concretas circunstancias concurrentes (sumas ya abonadas, conceptos ya liquidados u otras análogas) debería comportar la repulsa de lo pretendido, si no son plenamente aclaradas las discrepancias y concretados tales extremos por quien pretende la sucesión".

la fecha de éste. En similares términos, y en el ámbito del proceso, se pronuncia el art. 319.I LEC conforme al cual el documento público hará prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documente, de la fecha en que se produce la documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

Partiendo de lo anterior, puede afirmarse que todo documento público es, por su propia naturaleza, un documento fehaciente. Sin embargo, no puede afirmarse que todo documento fehaciente, necesariamente, deba ser público. La fehaciencia también puede predicarse de los documentos privados. En dicho sentido, el art. 1225 CC dispone que el documento privado legalmente reconocido tendrá el mismo valor que la escritura pública, entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes. Es decir, no se puede negar al documento privado su fehaciencia aun cuando no puede presumirse su autenticidad por lo que sólo cuando el documento privado no consiga ser autenticado ni pueda demostrarse por ningún tipo de prueba la veracidad de su contenido carecerá del carácter de documento fehaciente y, por tanto, de eficacia probatoria plena. Y en dichos términos se pronuncia el art. 326.I LEC, que señala que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los mismos términos que los documentos públicos (art. 319 LEC), cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

Por lo expuesto, cabe concluir que la exigencia de acreditación documental fehaciente de la sucesión, a que alude el art. 540 LEC, no puede identificarse con la acreditación mediante escritura pública del hecho de la sucesión. Al menos, en tanto en cuanto la acreditación de la sucesión mediante documento privado no sea cuestionada por la parte a quien debe perjudicar la sucesión que, debe tenerse en cuenta, también podrá impugnar la fehaciencia de la sucesión documentada públicamente pues la veracidad intrínseca está al margen del Notario y no es acreditada documentalmente por la escritura pública ni escapa a la posibilidad de ser desvirtuada mediante prueba en contrario³².

No obstante, en la práctica forense, especialmente en los supuestos de venta masiva de créditos por parte de las entidades bancarias y financieras, la acreditación fehaciente de la sucesión (la cesión del crédito que determina la misma) viene produciéndose con la aportación de documentos públicos diversos. Normalmente, con una certificación notarial en la que se refiere que el crédito en cuestión se encuentra relacionado en un CD de datos depositado en la Notaría, concretamente junto con la escritura pública que documenta el contrato de cesión de créditos, un documento que identifica al deudor y una determinada cantidad sumándose a ello, en ocasiones, el testimonio parcial de la escritura

32 SAP Asturias 13 abril 2005 (LA LEY 81872, 2005).

pública del contrato de compraventa o cesión de la cartera de crédito³³. Con todo, el testimonio notarial (art. 246 del Reglamento Notarial) se considera prueba suficiente de la existencia de la cesión³⁴.

De lo dicho hasta ahora se desprende que la documentación referida podría considerarse fehaciente siempre y cuando de la misma se desprenda el hecho de la cesión, las partes entre las ésta tuvo lugar y el objeto de la cesión que, a su vez, tendrá que comprender el que sea objeto del procedimiento. Por el contrario, por ejemplo, sería insuficiente la aportación de un certificado unilateral del cedente en el que se indica que ha cedido el crédito objeto del proceso a favor del cesionario³⁵.

B) Acreditación del precio de la cesión del crédito.

En relación con la sucesión procesal solicitada por los cesionarios de créditos reclamados judicialmente, debe hacerse referencia a la polémica suscitada en torno a la necesidad de acreditar, suficiente, documental y fehacientemente el precio de la cesión. Se trata de una circunstancia que en la práctica forense ha generado numerosos incidentes que, a la postre, han servido para desestimar numerosas peticiones de sucesión procesal por falta de acreditación del precio del crédito cedido.

El fundamento de esta necesidad, o del argumento, radicaba en que la identificación del crédito cedido determinaba que si el mismo se vendió como litigioso podía el deudor liberarse abonando al cesionario el precio que pagó, costas e intereses, conforme al art. 1535 CC. Se trata de una pretensión a la que se oponen los cesionarios invocando el art. 1532 CC, que permite la venta alzada o denominación en globo además de la ausencia de interés de este a los efectos de la sucesión. A lo que habría que añadirse la imposibilidad de su determinación porque, como es sabido, no se trata de ventas de créditos individuales o particulares sino a tanto alzado y en globo. Encontrándose el crédito incluido en una cartera de créditos no hay precio que pueda imputarse a cada uno de ellos en concreto. Las carteras o conjuntos de créditos se ceden o transmiten por un precio alzado que se valora el conjunto y cuya fijación suele realizarse con un importante descuento al pagar el cesionario en atención al importe que sobre el conjunto prevé que va a poder cobrar, así como los gastos de las gestiones y trámites judiciales para realizar dicho cobro. Así, si bien en las cesiones se identifican los créditos cedidos y el importe pendiente de los mismos, no se establece un precio individualizado,

33 MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: “El acceso”, cit., p.6.

34 Ejemplo de ello son los AATS 26 septiembre 2023 (LA LEY 238138, 2023) y 6 octubre 2020 (LA LEY 129977, 2020).

35 SOLER SOLÉ, G.: “Cesión de cartera de créditos litigiosos (Subrogación procesal y derecho de retracto del deudor)”, *Revista de Derecho vLex*, 2015, núm. 136, p. 11. En la doctrina judicial, al respecto, vid. SAP Pontevedra 28 febrero 2023 (LA LEY 93747, 2023).

al venderse la cartera como un todo por un precio alzado, que se determina en atención al conjunto y no en atención a la suma de los valores de los créditos que integran la cartera.

Por ello, en estos supuestos no resulta de aplicación el art. 1.535 CC y, con ocasión de la solicitud de sucesión en el proceso de ejecución o con ocasión del inicio de este, no resulta necesario acreditar, suficiente, documental y fehacientemente, el precio de la cesión³⁶. No existe obligación legal del informar del precio de la cesión ni tampoco puede imponerse este requisito al amparo del art. 540 LEC, que no lo exige³⁷. Y así lo ha venido a confirmar el Tribunal Supremo que ha señalado que, desde el punto de vista de la delimitación negativa del derecho de retracto de crédito litigioso, quedan excluidos del mismo los supuestos de cesión en globo o alzada a que se refiere el art. 1.532 CC³⁸.

A lo anterior podría añadirse la negación del carácter de litigioso del crédito objeto de la ejecución de título judicial. pues un crédito litigioso no es el que se reclama judicialmente sino el crédito reclamado judicialmente y discutido mediante la oportuna contestación a la demanda³⁹. Más concretamente, son créditos litigiosos los que no pueden tener realidad sin una sentencia firme y desde la contestación de la demanda⁴⁰ de forma tal que la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes necesitará para generar el derecho previsto en el art. 1535 CC afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación. Y en el proceso de ejecución judicial no se discute ni la exigibilidad ni existencia del crédito y, por tanto, no se le puede calificar de litigioso, en el sentido del art. 1535 CC.

4. Supuesto de acreditación documental fehaciente de la sucesión.

Para el supuesto de que la sucesión se produzca con carácter previo al inicio del proceso de ejecución y esta se solicite con ocasión de la demanda de ejecución, si el tribunal considerase que los documentos presentados junto con la solicitud de sucesión acreditan suficientemente la misma, sin más trámites, procederá a despachar ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor, del acreedor o del deudor en virtud de los documentos presentados (art. 540.2, apdo. 1º, LEC).

36 SAP Sevilla 28 noviembre 2019 (LA LEY 226492, 2019); SAP Madrid 19 diciembre 2019 (LA LEY 242705, 2019); SAP Valencia 13 octubre 2016 (LA LEY 191071, 2016).

37 Tampoco la regulación de la sucesión en el supuesto de transmisión del objeto litigioso (art. 17 LEC).

38 SSTs 5 marzo 2020 (LA LEY 7199, 2020) y 1 abril 2015 (LA LEY 37098, 2015).

39 Sin embargo, conforme al AAP Madrid 18 febrero 2015 (LA LEY 18747, 2015), sí podrá considerarse litigioso el crédito exigido en un procedimiento de ejecución extrajudicial siempre y cuando se haya formulado oposición, porque en ese caso la ejecución no va precedida por decisión judicial previa, sino que se abre directamente por la fuerza del título ejecutivo.

40 STS 31 octubre 2008 (LA LEY 164125, 2008), 1 abril 2015 (LA LEY 37098, 2015) y 13 septiembre 2019 (LA LEY 132805, 2019).

Sin embargo, para el caso de haberse despachado ejecución al tiempo de la solicitud, la norma se limita a expresar que se notificará la sucesión al ejecutado o ejecutante, según proceda, continuándose la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor (art. 540.2, apdo. 2º LEC). El tenor literal de la norma puede llevar a pensar que en aquellos supuestos en los que se solicite la sucesión y, al mismo tiempo, esta se acredite fehaciente y documentalmente, la actividad del tribunal se limitará a notificar a la parte contraria la sucesión solicitada continuando la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor, sin posibilidad de dicha parte de formular alegación alguna y sin pronunciamiento del tribunal en orden a tener por sucesor a quien lo solicite o frente a quien se solicite. Máxime si tenemos en cuenta que, sin embargo, en los supuestos en los que la sucesión no conste en documentos fehacientes o el tribunal no los considere suficientes, el apdo. 3º del art. 540 LEC sí que prevé el traslado de la petición que se deduzca al ejecutante o ejecutado cuya sucesión se haya producido, a quien conste como ejecutado o ejecutante en el título y a quien se pretenda que es su sucesor, dándoles audiencia por plazo de 15 días para la presentación de alegaciones debiendo el tribunal, se produzcan estas o no, decidir lo que proceda sobre la sucesión a los solos efectos del despacho o de la prosecución de la ejecución.

Es obvio que el tenor literal del art. 540.2, apdo. 2º LEC requiere de una interpretación que facilite su aplicación pues la notificación no es más que un acto de comunicación procesal destinado a dar noticia de una resolución o actuación (art. 149.1º LEC); y, por otro lado, la sucesión afecta a una cuestión tan esencial como la legitimación de las partes en el proceso por lo que, de forma irremediable, será necesaria una resolución que se pronuncie al respecto y que acuerde la continuación de la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor. Cuestión más discutible es cómo debe darse esa resolución, con o sin audiencia de la parte frente a la que se solicite la continuación de la ejecución, y quien sea competente para su dictado.

En cuanto a cómo debe darse esa resolución, no se observa inconveniente alguno en que la misma tenga lugar sin previa audiencia de la parte frente a la que se solicita la sucesión, aun cuando en la práctica forense resulte frecuente hacerlo. De la misma manera que la LEC no prevé trámite alguno de alegaciones previas para el supuesto de sucesión producida con carácter previo al despacho de la ejecución y que se interesa al tiempo de esta, no hay razón alguna para sostener que en el caso de sucesión producida con posterioridad debe concederse el trámite previo de alegaciones.

En cuanto a quien sea la persona competente, cabe entender que lo será el o la Juez o Magistrado y nunca el Letrado de la Administración de Justicia pues la sucesión afecta a algo tan esencial como los presupuestos procesales, a

la legitimación de quien se erige o se identifica como sucesor. En este punto, se discrepa respecto de quienes sostienen que, en las ejecuciones iniciadas, si la parte contraria impugna la pretensión de «subrogación» procesal la decisión deberá revestir forma de auto mientras que, si dicha petición no es discutida en el proceso, y siempre que se cumplan el resto de los requisitos que exige la normativa, será el Letrado de la Administración de Justicia quien debe avalar la «subrogación» a través del dictado de un decreto⁴¹. Se discrepa porque, en primer término, la LEC no prevé trámite alguno de alegaciones previas que permita la impugnación de la sucesión por la parte frente a la que la misma se produzca. Cuestión distinta es que una vez que el tribunal acuerde tener a quien lo solicite por sucesor; la parte contraria muestre su disconformidad a través de los recursos pertinentes. Pero, por otro lado, el art. 206 LEC no habilita al Letrado de la Administración de Justicia para resolver una cuestión como la que se plantea y que afecta al presupuesto procesal de la legitimación de las partes (art. 206.2ª LEC). Por demás, si el art. 551.1 LEC prevé que la orden general de ejecución debe revestir la forma de auto y que este expresará (551.2.1º LEC) la persona o personas a cuyo favor se despacha la ejecución y la persona o personas contra quien se despacha, no hay razón para entender que en aquellos supuestos en los que la ejecución haya sido despachada y se acuerde su continuación a favor o en contra de cualquier persona distinta de la que como acreedor o deudor figure en el título ejecutivo, no deba producirse una resolución de la misma clase. El necesario examen que, de oficio, el órgano judicial deberá realizar en cuanto a la legitimación, como presupuesto procesal, así lo exige.

5. Ausencia de acreditación documental fehaciente de la sucesión.

Ahora bien, si la sucesión procesal no constara en documentos fehacientes o el tribunal no considerara estos suficientes, dispone la norma que mandará que el Letrado de la Administración de Justicia de traslado de la petición “que deduzca el ejecutante o ejecutado” cuya sucesión se haya producido, a quien conste como ejecutado o ejecutante en el título y a quien se pretenda que es su sucesor, dándoles audiencia por plazo de 15 días, transcurrido el cual, el tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a los sólo efectos del despacho de la ejecución.

Para comenzar, una lectura detenida de la anterior disposición evidencia la deficiente técnica legislativa utilizada en la redacción del precepto legal en cuanto la misma parece limitar la posibilidad de solicitud de la sucesión a la realizada por el ejecutante o ejecutado. La realidad de la práctica es que, habitualmente, es el propio cesionario quien solicita la sucesión procesal, desentendiéndose el cedente de toda actuación, lo que suele ser admitido por los tribunales sin cortapisa alguna.

41 PEREA GONZÁLEZ, A.: “La sucesión”, cit., p. 14.

Pero, nuevamente, la norma procesal omite cualquier posición respecto a la orientación de la resolución que deba ofrecerse en caso de que quien solicite la sucesión no lo acredite documentalmente y fehaciente. No obstante, parece obvio concluir que si tras las alegaciones el tribunal considera que la sucesión no ha sido acreditada documental y fehacientemente no despachará ejecución a favor de quien se presente como sucesor o en contra de quien se identifique como sucesor del deudor o, si la solicitud se produce una vez despachada la ejecución, no tendrá por parte y por sucesor a quien se enija o se identifique como tal.

Cuando se trata de una sucesión procesal en un procedimiento de ejecución ya en trámite, si se deniega continuará el mismo con el ejecutante originario o ejecutado, según la posición⁴², y si se accede a la sucesión procesal, se incorpora el nuevo ejecutante o ejecutado en la posición que tenía el anterior, sin retroacción del procedimiento.

6. Régimen de recursos.

Otra de las evidencias del déficit regulatorio que acusa el art. 540 LEC se manifiesta a través del silencio que el mismo guarda en cuanto al régimen de impugnación o recursos que pueden darse frente a la decisión que se adopte respecto de la sucesión, admitiéndola o rechazándola, a favor del ejecutante o en contra del ejecutado⁴³. Los escenarios son los que se examinan a continuación.

A) Admisión o denegación de la sucesión con ocasión del despacho de la ejecución.

Si la sucesión procesal se admitiera a favor del ejecutante y con ocasión del despacho de la ejecución, debe tenerse en cuenta que el art. 551.4 LEC dispone que contra el auto autorizando y despachando la ejecución no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado. Por ello, al ejecutado disconforme con la admisión de la sucesión procesal operada en la parte

42 En dicho sentido, vid. MARTÍNEZ DEL TORO, S.: "Casuística de", cit., p. 12, cuando señala que en este supuesto se continuará el proceso con las partes iniciales y sin perjuicio de las relaciones jurídico-privadas que entre ellas existan. Refrenda lo anterior, el ATS 3 octubre 2006 (LA LEY 302455, 2006).

43 La misma observación cabe realizar respecto del régimen de impugnación o recursos que pueden darse frente a la decisión que se adopte respecto de la sucesión en los supuestos de transmisión del objeto litigioso (art. 17 LEC). Ahora bien, las soluciones para este concreto supuesto no pueden coincidir con las expuestas para el caso de sucesión antes y durante el proceso de ejecución. En efecto, si con ocasión de la demanda del proceso declarativo el tribunal estimara que el demandante no acredita la adquisición del crédito y, por tanto, la sucesión en la relación obligatoria respecto del originario acreedor, el tribunal no podría inadmitir la demanda, tratándose de una cuestión de legitimación activa (art. 10 LEC), que deberá examinarse en la resolución sobre el fondo. En otro caso, si lo que se planteara fuera la sucesión procesal "pendiente un juicio" y el tribunal estimara que no se acredita la transmisión del objeto litigioso (art. 17 LEC) o, en otro caso, que no debe accederse a la pretensión de sucesión, debe tenerse en cuenta que el propio art. 17 LEC, 3º párrafo del apartado 2º, deja a salvo las relaciones jurídicas privadas que pudieran existir entre transmitente y adquirente del crédito, lo que permite descartar la posibilidad de recurso de apelación frente a dicha resolución denegatoria.

ejecutante no le cabrá otra posibilidad más que discutir la misma con ocasión de su escrito de oposición⁴⁴.

Si la sucesión procesal instada a favor del ejecutante con ocasión de la solicitud o demanda de ejecución fuera rechazada por el tribunal y, como consecuencia de ello, el despacho de ejecución no fuera autorizado, la resolución sería susceptible de recurso de apelación sin perjuicio del recurso potestativo de reposición previo (art. 552.2 LEC).

B) Admisión o denegación de la sucesión con posterioridad al despacho de la ejecución.

Distinto sería el caso de la sucesión acordada una vez despachada la ejecución, tanto si la misma se acredita documental y fehacientemente como si no. En este caso, y a tenor del art. 562.I.1º LEC, sólo podrá interponer recurso de reposición resultando del apartado 2º del mismo art. 562.I LEC vetado el recurso de apelación, al no encontrarse expresamente previsto en la LEC⁴⁵.

En todo caso, en el supuesto de denegarse la sucesión en la parte ejecutante debe rechazarse la posibilidad de archivo de las actuaciones. No sólo porque el art. 570 LEC determina que la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante sino porque el rechazo de la pretensión de sucesión procesal no elimina la figura de la parte ejecutante.

IV. SUCESIÓN Y EJERCICIO DESLEAL DEL DERECHO.

Debe tenerse en cuenta que, como se pone de manifiesto en la doctrina, la casuística más habitual de los supuestos de sucesión procesal en fase de ejecución es aquella que procede de las cesiones de carteras de créditos que son objeto de un único contrato de cesión en el que se integran créditos de muy distinta tipología⁴⁶. Entre otros, créditos reclamados en procesos de ejecución que, por razones varias, han permanecido durante largo tiempo sin actividad procesal alguna.

En este tipo de supuestos, debe tenerse en cuenta que el art. 239 LEC excluye expresamente la caducidad de la instancia en las actuaciones de ejecución forzosa pudiendo las mismas continuar hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos indicados en el art. 237 LEC. De hecho, conforme dispone el art. 570 LEC, la ejecución forzosa sólo terminará

⁴⁴ De conformidad con lo previsto en las causas de oposición contempladas en los apartados 1º y 2º del art. 559.I LEC.

⁴⁵ En dicho sentido se pronuncia el AAP Lleida 28 abril 2015 (LA LEY 247446, 2015). En la doctrina científica, PEREA GONZÁLEZ, A.: "La sucesión", cit., p. 4.

⁴⁶ SOLER SOLÉ, G.: "Cesión de", cit., p. 12.

con la completa satisfacción del acreedor ejecutante. Sin embargo, no son extraños a la práctica los supuestos de solicitud de sucesión procesal cuando la ejecución lleva años paralizada por inactividad procesal, aun cuando no archivada provisionalmente.

Así las cosas, con ocasión de las peticiones de sucesión procesal formuladas por los cesionarios de créditos adquiridos o transmitidos en masa, la circunstancia de un largo transcurso del tiempo sin actividad en el proceso de ejecución no ha sido obviada por la práctica forense que, en supuestos puntuales, no ha dudado en recuperar la institución del retraso desleal en el ejercicio del derecho (*Verwirkung*). Se trata de una institución fundada en el art. 7.1 CC que impone el ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, es decir, impidiendo que se ejerciten cuando durante largo tiempo su titular no se ha preocupado de hacerlos valer y, además, con su actitud, ha creado en la parte contraria la esperanza objetiva de que el derecho o la pretensión ya no se ejercitará. Sanciona así el art. 7.1 CC las conductas contradictorias de los titulares del derecho que han hecho que la otra parte confíe en la apariencia creada por tal situación⁴⁷.

Este retraso desleal en el ejercicio del derecho, que exige una actuación dolosa o con manifiesta negligencia, ha sido caracterizado por la doctrina judicial por:

- a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho;
- b) la omisión del ejercicio; y,
- c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará.

Pues bien, en este contexto, nuestro Tribunal Supremo ha examinado aquellos supuestos en que las entidades bancarias ejercitan extemporáneamente un derecho, pretendiendo la reanudación de un procedimiento ejecutivo que no había sido objeto de ningún tipo de actuación desde antiguo al tiempo que se creaba una confianza legítima en la parte contraria de no ejercitarse el mismo, actuando en contra de las reglas objetivas de la buena fe, de acuerdo con las normas del tráfico y con lo que el perjudicado puede esperar de la propia conducta de quien ha producido la confianza⁴⁸.

Resultando difícil la aplicación de la institución del retraso desleal en el ejercicio del derecho cuando se trata de deudas objeto de procedimientos de ejecución forzosa en los que, por regla general, la falta de cobro y el retraso en este responde fundamentalmente a la falta de solvencia del deudor, en la mayoría de las

⁴⁷ STS 3 de diciembre de 2010 (LA LEY 213871, 2010).

⁴⁸ Al respecto, cabe citar las SSTs 3 diciembre 2010 (LA LEY 213871, 2010), 12 diciembre 2011 (LA LEY 246218, 2011) y 15 junio 2012 (LA LEY 79022, 2012).

ocasiones que ha sido planteada la cuestión el Tribunal Supremo la ha rechazado. Especialmente ante periodos cortos o de concurrencia de una reclamación judicial reveladora de la voluntad del acreedor de reclamar la deuda, aunque el resultado no haya sido exitoso⁴⁹. En algunos casos, declara que su apreciación no extingue la deuda como si de una prescripción se tratara, sino que puede atemperarla, apreciando que en el caso de compra de créditos en globo no hay un comportamiento de los bancos revelador de haber renunciado a reclamar la deuda y que tal renuncia hubiese sido transmita a los deudores⁵⁰.

No obstante, el Tribunal Supremo la ha contemplado cuando ha apreciado una conducta desleal del acreedor que de forma incontrovertida propicia la creencia en el deudor de que la deuda no le sería reclamada. Por ejemplo, ante una dejación o reactivación de la reclamación habiendo transcurrido un lapso de 17 años⁵¹.

V. CONCLUSIONES.

El análisis realizado sobre los aspectos procesales de la venta de créditos en situación de incumplimiento permite alcanzar las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La venta de un crédito en situación de incumplimiento puede dar lugar a un cambio o sustitución de la persona que ocupe o pueda ocupar la posición procesal de demandante o ejecutante. En la actualidad, el ejemplo práctico y paradigmático de la sucesión procesal lo encontramos en la que deriva de la venta o “cesión” de créditos en situación de incumplimiento reclamados judicialmente y que, en puridad, es la que se produce pendiente el procedimiento judicial y no antes del mismo.

SEGUNDA. La sucesión procesal derivada de un crédito en situación de incumplimiento puede darse tanto en la fase de reclamación del crédito, como en la fase de ejecución de un título, judicial o extrajudicial, con origen en un crédito de dicha naturaleza. En la fase de reclamación que, de forma amplia, puede denominarse como fase declarativa, en los términos del art. 17 LEC, conforme al cual, pendiente el juicio, el adquirente del crédito pasará a ocupar la posición del demandante. En el proceso de ejecución, el art. 540 LEC permite que la ejecución continúe a favor del adquirente del crédito. Este es el supuesto paradigmático de sucesión procesal de los créditos en situación de incumplimiento. Cuando el hecho determinante de la sucesión se produzca y se interese antes del despacho de ejecución, en puridad, no podemos afirmar que nos encontremos ante un supuesto

⁴⁹ STS 3 diciembre 2010 (LA LEY 213871, 2010).

⁵⁰ STS 29 marzo 2016 (LA LEY 20611, 2016).

⁵¹ STS 12 diciembre 2011 (LA LEY 246218, 2011).

de sucesión procesal, que debe reservarse para los supuestos de sucesión una vez iniciado el proceso de ejecución.

TERCERA. En todo caso, resulta imprescindible acreditar documental y fehacientemente el objeto de la transmisión, que habrá de coincidir con lo que sea el objeto del juicio, y la propia transmisión de dicho objeto, incluidos los aspectos correspondientes a las partes intervinientes en la misma. No se exige la acreditación mediante documento público, aun cuando esta sea la fórmula habitual. En los supuestos de cesión de créditos se entiende necesaria la aportación del contrato de cesión en el que, aun por mero anexo, conste debidamente identificado el objeto de la cesión. Para la identificación del objeto de la cesión, se entiende insuficiente la mera remisión a cualquier soporte o fuente de información en la que conste la identificación y que no se ponga a disposición del tribunal; salvo que tal remisión venga avalada por la fe pública que, por otro lado, deberá extenderse a los datos de identificación del crédito.

CUARTA. Acreditada la sucesión derivada de la venta del crédito, se continuará el juicio teniendo por parte demandante o ejecutante al adquirente del crédito en situación de incumplimiento que se presente como sucesor, sin retroacción del procedimiento. Sin embargo, en caso de ausencia de acreditación de la sucesión, no se tendrá por parte y por sucesor a quien se erija o se identifique como tal; continuando el procedimiento con las mismas partes originarias.

QUINTA. Si la sucesión procesal se admite a favor del ejecutante al tiempo del despacho de la ejecución, contra el auto que acuerde este no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado. Si la sucesión fuera rechazada por el tribunal y, como consecuencia de ello, el despacho de ejecución no fuera autorizado, la resolución sería susceptible de recurso de apelación sin perjuicio del recurso potestativo de reposición previo. Distinto sería el caso de la sucesión acordada una vez despachada la ejecución, cuando sólo podrá interponerse recurso de reposición.

SEXTA. Con ocasión de las peticiones de sucesión procesal formuladas por los cesionarios de créditos adquiridos o transmitidos en masa, la circunstancia de un largo transcurso del tiempo sin actividad en el proceso de ejecución no ha sido obviada por la práctica forense. No obstante, sólo en supuestos puntuales resulta admitida apreciando la concurrencia de la institución del retraso desleal en el ejercicio del derecho, fundada en el art. 7.1 CC.

BIBLIOGRAFÍA

AVILÉS GARCÍA, J.: “Ventas de carteras de créditos y protección de los consumidores”, *Diario La Ley*, núm. 9454, 2019.

CALAZA LÓPEZ, M. S.: “Los presupuestos procesales de las partes (II)”, en AA.VV.: *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2024.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “El mercado ‘secundario’ de créditos de dudoso cobro o non-performing loans (NPLs) y su régimen jurídico actual”, *LA LEY mercantil*, núm. 97, 2022.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “Pluralidad de partes y sucesión procesal”, en AA.VV.: *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2024.

LÓPEZ YAGÜES, V.: “La legitimación”, en AA.VV.: *Derecho Procesal Civil. Parte General* (dir. J.M. ASENCIO MELLADO y coord. O. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2024.

LORCA NAVARRETE, A. M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.

MARTÍNEZ DEL TORO, S.: “Casuística de la sucesión procesal civil”, *Práctica de Tribunales*, núm. 132, 2018.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Pluralidad de partes”, en AA.VV.: *Proceso Civil. Derecho Procesal II* (Coord. por J.L. GÓMEZ COLOMER y S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2024.

NIEVA FENOLL, J.: *Derecho Procesal II (Proceso Civil)*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2024.

PEREA GONZÁLEZ, A.: “La sucesión procesal en la ejecución forzosa y su déficit regulatorio”, *Práctica de Tribunales*, 2019.

PÉREZ LÓPEZ, A., MOYA FERNÁNDEZ, A. J., y TRIGO SIERRA, E.: “Cuestiones Prácticas de las ventas de Carteras de créditos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 33, 2012.

SOLER SOLÉ, G.: “Cesión de cartera de créditos litigiosos (Subrogación procesal y derecho de retracto del deudor)”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 136, 2015.



EL PODER VOLUNTARIO: PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE
PLANTEA SU EXTINCIÓN Y PROPUESTAS DE REFORMA

*VOLUNTARY POWER: PRACTICAL PROBLEMS POSED BY ITS
EXTINCTION AND REFORM PROPOSALS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 180-217

María Dolores
MORENO
MARÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El presente trabajo se centra en el análisis de las causas de extinción del poder de representación voluntario, figura jurídica mediante la cual una persona (poderdante) faculta a otra (apoderado) para actuar en su nombre. A partir del estudio del régimen previsto en el Código Civil en sede de contrato de mandato, se examinan las distintas causas de extinción, tales como la revocación del poder, la renuncia del apoderado, y circunstancias personales como la muerte o discapacidad de las partes. Asimismo, se aborda la problemática que generan estas disposiciones en la práctica actual, especialmente en contextos donde los principios de seguridad jurídica y protección de la voluntad del poderdante adquieren especial relevancia. Finalmente, se analiza la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia obligaciones y contratos donde se recoge expresamente las causas de extinción del poder, valorando en qué medida las modificaciones propuestas buscan adaptar la normativa a las nuevas realidades sociales y fortalecer la coherencia y eficacia del sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE: Representación voluntaria; poder de representación, causas de extinción; Propuesta de Modernización del Código Civil.

ABSTRACT: This paper focuses on the analysis of the causes for the termination of voluntary powers of attorney, a legal mechanism through which one person (the principal) authorizes another (the agent) to act on their behalf. Based on the legal framework established in the Civil Code, the study examines the various grounds for termination, such as revocation of the power, resignation of the agent, and personal circumstances such as the death or incapacity of either party. Furthermore, it addresses the challenges these provisions pose in current legal practice, particularly in contexts where the principles of legal certainty and the protection of the principal's will are of special significance. Finally, the paper analyzes the Proposal for the Modernization of the Civil Code regarding obligations and contracts, which expressly includes the causes for termination of powers of attorney, assessing the extent to which the proposed amendments aim to adapt the legal framework to new social realities and to enhance the coherence and effectiveness of the legal system.

KEY WORDS: Voluntary representation; authority to represent; causes of extinction; Proposal for the Modernization of the Civil Code.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.- II. SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL PODER REPRESENTATIVO.- 1. Revocación del poderdante.- A) *Estudio del carácter irrevocable del poder*.- 2. Renuncia del apoderado.- 3. Fallecimiento o situación concursal del representante o del representado.- 4. La adopción sobrevenida de medidas de apoyo respecto al representante.- 5. La constitución de la curatela representativa en favor del poderdante.- 6. La subsistencia “provisional” del poder de representación.- III. EFICACIA EXTINTIVA DEL PODER FRENTE A TERCEROS: Oponibilidad y seguridad jurídica.- IV. REFLEXIONES CRÍTICAS.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

La representación constituye una figura esencial en el tráfico jurídico y económico, ya que permite que una persona (el representante) actúe en nombre y por cuenta de otra (el representado), produciendo efectos directos en la esfera jurídica de este último. La representación agiliza las relaciones jurídicas, facilita la realización de negocios a gran escala y optimiza la gestión de intereses particulares o empresariales, promoviendo así la seguridad y dinamismo del mercado.

Dentro de este contexto, el negocio jurídico de apoderamiento se presenta como el instrumento específico mediante el cual el representado confiere al representante la facultad de actuar en su nombre. Su importancia radica en la confianza que genera en los terceros, quienes pueden interactuar con representantes autorizados con plena eficacia jurídica, fomentando así la fluidez y certeza en las transacciones. Podemos afirmar que, con esta manera de actuar, se incrementa de manera sustancial la capacidad de intervención de las personas.

Se entiende por representante (también denominado apoderado, procurador, entre otros) a la persona que actúa en nombre de otra, mientras que se denomina representado (principal o dominus negotii) a aquel en cuyo interés se lleva a cabo dicha actuación.

Dado que en nuestro Derecho no existe una regulación propia de la representación ni sobre el negocio jurídico de apoderamiento, la doctrina recurre a lo establecido para el contrato de mandato en el Código Civil (en adelante, CC) dada la similitud entre ambas figuras. En lo referente a la extinción del poder, que es el tema que nos ocupa, los artículos de referencia son los arts.1732-1739 CC que regulan las formas en que finaliza el contrato de mandato. Aplicadas al ámbito de la representación, estas disposiciones coinciden en que la relación representativa se extingue cuando desaparecen el intuitu personae y la confianza entre el representante y el representado.

• **María Dolores Moreno Marín**

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba. Correo electrónico: z22momam@uco.es.

Por ello, las causas de extinción que fundamentalmente se contemplan son aquellas que otorgan un papel fundamental a la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, ya sea por revocación o renuncia, así como por el fallecimiento de cualquiera de ellas. Además, la relación puede extinguirse por cambios significativos en sus circunstancias personales, como la declaración de concurso del representado o del representante, la adopción de medidas de apoyo a favor del representante o la constitución de una curatela representativa para el representado¹.

Concretamente, el art. 1732 CC dice: "El mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia del mandatario. 3.º Por muerte o por concurso del mandante o del mandatario. 4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. 5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos".

En cualquier caso, estos supuestos, que son los expresamente enumerados en el art. 1732 CC, no son una lista cerrada ni exhaustiva². Esto significa que pueden existir otras circunstancias que también conduzcan a la extinción del poder de representación. Pensemos, por ejemplo, si el encargo representativo se dio para un asunto determinado, debería entenderse acabado al quedar aquel asunto resuelto. Igualmente, cuando la representación estaba sometida a una condición resolutoria o a un plazo, la llegada de la condición o el término hace que la extinción se produzca.

Resulta obligado hacer alusión a la Propuesta Reformada de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos publicada el 31 de julio de 2023³ (en adelante, PMR) preparada por una Subsección ad hoc, dentro de la Sección primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación. En esta

1 Estas dos últimas cuestiones han sido introducidas como causas de extinción del mandato en el art. 1732 CC por 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 (publicado en BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021) que abordaremos en este trabajo.

2 Así se ha defendido por DIEZ-PICAZO, L.: *La representación en Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 293. De igual modo, GORDILLO CAÑAS, A., "Comentario del artículo 1732 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, /L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN/R. BERCOVITZ, /P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1580. Este autor cita a Manresa que destaca que la enumeración de causas contempladas en el art. 1732 CC es enunciativa, no limitativa.

3 La nueva Propuesta parte de la anterior de 2009 elaborada también en el seno de la Comisión de Codificación. Concretamente, esta Propuesta regula la extinción del poder de representación en el art. 1293 en los siguientes términos: "1. El poder de representación se extingue: a) Por su revocación. b) Por renuncia del representante. c) Por muerte, incapacitación o declaración de prodigalidad del representante. d) Por muerte del representado, salvo que el poder hubiera sido otorgado en el ámbito de la actividad empresarial del poderdante. También se extinguirá el poder por incapacitación o declaración de prodigalidad del representado, salvo que el poder se refiera a actos que conforme a la sentencia de incapacitación o que declare la prodigalidad pueda realizar por sí solo y a salvo las excepciones contenidas en el párrafo segundo del artículo 1732 de este Código. e) Por la declaración de concurso del representante, o por la del

Propuesta se recoge expresamente un capítulo referente a la representación en los contratos y en otros actos jurídicos, dedicándose el art. 1285 a la extinción del poder. Este artículo dice lo siguiente: “I. El poder de representación se extingue: 1.º Por su revocación, salvo que su permanencia resulte necesaria para la efectividad del contrato subyacente en el que están interesados el representante o un tercero. 2.º Por renuncia del representante. 3.º Por muerte del representante. 4.º Por muerte del representado, salvo que el poder hubiera sido otorgado en el ámbito de la actividad empresarial del poderdante, o su permanencia resulte necesaria para la efectividad del contrato subyacente en el que están interesados el representante o un tercero. 5.º Por el establecimiento, en relación al representado, de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. 6.º Por la constitución, en favor del representante, de la curatela representativa como medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo de lo dispuesto en este Código respecto de los poderes y mandatos preventivos. 7.º Por la declaración de concurso del representante, así como por la del representado, cuando este sea suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio.

2. No obstante la extinción del poder, el representante está autorizado para realizar, durante un plazo razonable, los actos que no puedan ser diferidos sin causar perjuicio al representado o a sus herederos”.

Tal y como podemos observar, los supuestos enumerados como causas de extinción del poder en el art. 1285 PMR se regulan en términos parecidos a lo que viene contemplado en el art. 1732 CC.

En el presente trabajo nos centraremos en el análisis de las causas de extinción del poder contempladas en el CC en sede de mandato. No se pretende abordar esta cuestión de forma exhaustiva, sino más bien incidir en aquellos supuestos que revisten mayor relevancia práctica y que han sido objeto de reformas o propuestas de modificación normativa. En este sentido, se ofrecerá una visión actualizada de la materia, prestando especial atención a la Propuesta de Reforma del Código Civil elaborada por la Comisión General de Codificación, la cual introduce de forma expresa una regulación más clara y sistemática de las causas de extinción

representado cuando éste sea suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.

2. Si en un poder especial se establece su irrevocabilidad por haber sido conferido para el cumplimiento de una obligación del representado con el representante o con un tercero, no podrá ser revocado sin consentimiento del acreedor, salvo que exista justa causa.

3. La extinción del poder no es oponible al tercero que no la conociera ni hubiera debido conocerla en el momento de celebrar el contrato, a no ser que se haya comunicado o hecho pública por los mismos medios por los que se comunicó o se hizo público su otorgamiento.

En todo caso, la extinción del poder será oponible al tercero que sea adquirente a título gratuito y al tercero que solo hubiera tenido conocimiento del mismo a través de la mera declaración del representante.

4. No obstante la extinción de su poder, el representante está autorizado para llevar a cabo los actos que no puedan ser diferidos sin perjuicio del representado o sus herederos”.

del poder; destacando aspectos como la pérdida de capacidad del poderdante, la revocación, la renuncia o el fallecimiento, con el objetivo de dotar al ordenamiento jurídico de mayor seguridad y coherencia en esta materia.

A continuación, nos referiremos a las principales causas de extinción del poder.

II. SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL PODER REPRESENTATIVO.

I. Revocación del poderdante.

Nuestro Código Civil recoge en el art. 1732.1º que el mandato se acaba por su revocación. Este precepto es aplicable al ámbito de la representación.

Cuando hablamos de revocación de un poder nos referimos al desistimiento unilateral del poderdante en virtud del cual deja sin validez la autorización que éste otorgó a otra persona para actuar en su nombre y representación. Como consecuencia de tal actuación, el apoderado pierde la facultad de realizar actos o negocios jurídicos en representación del poderdante.

Los motivos que llevan al representado a tomar esta decisión pueden ser muy variados. Es común que, con el paso del tiempo, desaparezca la razón que dio origen al otorgamiento del poder. Esto puede ocurrir una vez que dicho poder ha cumplido su cometido, por ejemplo, cuando el apoderado ya ha llevado a cabo el acto o negocio jurídico específico para el cual fue conferido. También puede suceder que el apoderamiento pierda su sentido por diversas razones, como la pérdida de confianza del poderdante en el apoderado, o porque el poderdante ya se encuentra en condiciones de realizar por sí mismo los actos o negocios, haciendo innecesaria la intervención de un apoderado.

Sea cual fuere la razón, concurriendo alguna de ellas, lo recomendado es que el poderdante proceda a la revocación del poder, de manera que, una vez efectuada dicha revocación, el apoderado quede impedido de seguir actuando en su nombre y representación. En consecuencia, la finalidad y utilidad de revocar el poder radica en dejarlo sin efecto, impidiendo que continúe produciendo consecuencias jurídicas en el futuro.

La revocación se trata de un acto jurídico unilateral y recepticio, es decir, basta la voluntad del poderdante para dejar sin efecto el poder, pero debe ser comunicado al apoderado para que produzca plenos efectos.

Por ello, señala el art. 1733 que: "El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato".

Se ha afirmado⁴ que el carácter recepticio del acto jurídico de revocación del poder se refleja en que la declaración de voluntad debe dirigirse al representante, tal como se infiere implícitamente de lo establecido en los arts. 1735 y 1738 CC. Además, el art. 1734 del mismo cuerpo legal establece que, “cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber”. En consecuencia, una vez que el representante tiene conocimiento de la revocación, el representado deja de estar obligado por los actos de aquel, lo que implica la extinción de la relación representativa entre ambos.

El poder es, en esencia, un acto de confianza, por lo que el poderdante puede retirarla en cualquier momento, sin necesidad de justificar causa alguna. Esta revocabilidad general tiene como excepción los denominados poderes irrevocables de los que nos ocuparemos más adelante.

La manera en la que puede manifestarse la revocación puede ser expresa, cuando se hace de manera clara y directa, piénsese, por ejemplo, a través de un burofax. La realización expresa de la revocación se recoge en el ya mencionado art. 1733 CC. De igual modo, también se admite tácita, es decir, aquella revocación que se deduce a través de hechos concluyentes. El ejemplo más destacado que este tipo de revocación lo encontramos en el art. 1735 CC que dispone que: “El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede”.

Este sentido, lo confirma también el art. 30.I. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵ que establece que “cesará el procurador en su representación: Por la revocación expresa o tácita del poder, luego que conste en los autos. Se entenderá revocado tácitamente el poder por el nombramiento posterior de otro procurador que se haya personado en el asunto”⁶.

También será un supuesto de revocación tácita cuando el representado ejecuta por sí mismo el acto o negocio para el cual había otorgado previamente poder a su representante. Así resulta contemplado en el art. 185 de la Ley de sociedad de Capital⁷ que estipula que: “La representación es siempre revocable. La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación”.

4 LETE ACHIRICA, J.: “La representación en Derecho de contratos. Propuestas de reforma del Derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2023, p. 418.

5 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

6 ATS 21 junio 2022 (Rec. 6724/2019). ECLI: ES:TS: 2022:9779.

7 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

Sin embargo, para establecer si el otorgamiento de una nueva representación o, en su caso, la intervención directa del poderdante conlleva la revocación tácita del poder previamente conferido, deberá analizarse la amplitud del apoderamiento original, así como el objeto y extensión de la nueva representación o de la gestión realizada por el propio poderdante. De igual modo, siguiendo a ÁVILA NAVARRO⁸, el art. 1735 CC debe ser particularmente considerado en el ámbito empresarial, especialmente cuando se confieren múltiples poderes sin que, en cada otorgamiento, medie la voluntad expresa de revocar los previamente conferidos. En tal sentido, los poderes sucesivos deberían otorgarse con la correspondiente cláusula que excluya expresamente efectos revocatorios. Asimismo, el notario que autorice actos en los que intervengan diversos apoderados de una misma empresa deberá ponderar la posible revocación implícita de poderes anteriores por efecto de los otorgamientos posteriores.

Al margen de que la revocación puede ser expresa o tácita, se ha puesto de manifiesto que existen supuestos de revocación del poder de representación que operan independientemente de la voluntad del representado. Nos encontramos ante casos de revocación legal en los que la extinción del poder se produce por mandato de la ley, sin que sea necesaria una manifestación expresa de voluntad por parte del representado. Así pues, vemos reflejada idea en el art. 102 CC: “admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes: 2. ° Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro”. Parece conveniente entender que la revocación se produce de forma automática, al margen de cuál es la voluntad de los cónyuges, debiendo existir una nueva declaración expresa o tácita de voluntad para entender subsistente el poder revocado.

Del mismo modo, se considera⁹ que, para que dicha revocación pueda producir efectos frente a terceros (particularmente con quienes se celebraron actos jurídicos en virtud del poder conferido al cónyuge), es indispensable que el hecho revocatorio se encuentre debidamente publicitado. A tal efecto, no resulta suficiente la mera anotación preventiva de la demanda de nulidad, separación o divorcio en el Registro Civil.

Teniendo en cuenta que el CC no se pronuncia acerca de la forma de la revocación, se entiende, por tanto, que rige el principio de libertad de forma¹⁰. Ahora bien, esta idea puede quedar un tanto limitada ya que la revocación debe

8 ÁVILA NAVARRO, P.: *La representación con poder (Estudio de Derecho notarial y registral)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 102.

9 Así lo reconoce GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: “Comentario del art. 1732 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo VIII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11827. Cita la autora sobre esta cuestión la STS 26 mayo 1994.

10 Se admite, por tanto, la posibilidad de que pueda ser verbal. Cosa distinta será la dificultad que en caso de litigio suponga la prueba de este tipo de comunicación.

realizarse, en principio, con la misma formalidad que el poder original. Si el poder se otorgó en escritura pública, la revocación debe constar también en escritura pública ante notario. Puede hacerse ante el mismo notario que autorizó el poder o ante cualquier otro. En el caso de poderes privados, basta un documento privado, aunque es recomendable la intervención notarial para mayor seguridad jurídica.

No obstante, resulta conveniente indicar que, tal y como decíamos más arriba, para que la revocación surta efectos, será indispensable que deba ser notificada al apoderado para que este tenga conocimiento efectivo de la extinción de sus facultades. Asimismo, le corresponde al representado la carga de la prueba de la notificación de la revocación y a los tribunales de instancia la valoración de si el representante llegó a conocer o no la revocación del poder¹¹.

La revocación produce efectos desde el momento en que es notificada al apoderado. Desde ese instante, el apoderado pierde la capacidad de actuar válidamente en nombre del poderdante respecto a los actos comprendidos en el poder. Una vez efectuada la revocación, el representado queda facultado para exigir al representante la devolución del documento en que conste el poder, en caso de que dicho instrumento exista, conforme a lo dispuesto en el art. 1733 CC. Este precepto tiene como finalidad la protección de los intereses de terceros, al evitar que la mera tenencia del documento por parte del apoderado genere una apariencia de representación que pueda inducir a error. Habitualmente, el notario que autoriza la revocación se encarga de notificar al apoderado y solicita la devolución de la copia del poder revocado. Si no es posible localizar al apoderado, se puede intentar la notificación por conducto notarial o, en su defecto, dejar constancia de los intentos realizados.

Sin embargo, el CC en su art. 1738 protege a los terceros de buena fe, de modo que los actos realizados por el apoderado ignorando la revocación pueden ser válidos frente a dichos terceros. Esta materia la abordaremos en un epígrafe concreto de este trabajo.

La revocación no tiene efectos retroactivos. Los actos realizados antes de la notificación de la revocación siguen siendo plenamente válidos ya que se afirma que los efectos son *ex nunc*¹².

Resulta interesante comentar, dada la importancia que tiene el conocimiento de que un poder haya sido revocado, que el Consejo General del Notariado puso en funcionamiento un archivo de revocación de poderes, constituyendo una importante innovación. Esta herramienta permitía a todos los notarios, mediante

11 STS 22 marzo 1986. ECLI:ES:TS: 1986:7555.

12 DIEZ PICAZO, L.: *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 299. STS 30 abril 1992. ECLI:ES:TS: 1992:19628.

consulta en línea, verificar si un poder había sido revocado, contribuyendo así a evitar numerosos problemas en el tráfico jurídico. Su objetivo era ofrecer una alerta inmediata sobre la posible revocación de un poder otorgado ante notario. Aunque no tenía carácter de registro oficial, funcionaba como una base de datos informática, actualizada y concebida como instrumento de trabajo notarial.

La utilidad de este archivo fue reconocida en la reforma del Reglamento Notarial mediante el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que introdujo un segundo párrafo en el art. 164, estableciendo que: “Si el otorgante actúa en representación voluntaria de otra persona, física o jurídica, el notario, antes de autorizar el acto o negocio jurídico correspondiente, consultará el Archivo de Revocación de Poderes o el sistema que lo sustituya del Consejo General del Notariado, con el fin de verificar que no consta la revocación, salvo que, bajo su responsabilidad, considere innecesaria dicha consulta”. No obstante, a instancia del Colegio Nacional de Registradores, este archivo fue suprimido mediante la Sentencia del Tribunal Supremo 20 mayo 2008¹³, que declaró su nulidad por considerar que se sustentaba en un planteamiento técnico inadecuado.

En lo que respecta a la PMR, el art. 1285.I. 1º señala que: “1. El poder de representación se extingue: 1.º Por su revocación, salvo que su permanencia resulte necesaria para la efectividad del contrato subyacente en el que están interesados el representante o un tercero”. Tal y como se puede observar, introduce expresamente que el poder se mantiene vigente cuando su continuidad resulta necesaria para asegurar la efectividad del contrato subyacente en el que tienen interés el representante o un tercero. Esta salvedad supone, en la práctica, la irrevocabilidad del poder de representación.

A continuación, abordaremos el análisis del poder irrevocable señalando las notas más elementales de esta materia.

A) Estudio del carácter irrevocable del poder.

La admisibilidad o no de la irrevocabilidad del poder de representación ha sido, tradicionalmente, un tema objeto de debate. La doctrina clásica¹⁴ de principios del S. XX negó la admisibilidad de poderes irrevocables al considerar que el poder debía ser siempre revocable, por ser un acto de confianza unilateral en interés del

13 STS 20 mayo 2008 (Rec. 63/2007). ECLI:ES:TS: 2008:2176. Véase para un estudio detallado de esta sentencia: PRATS ALBENTOSA, L.: “Nulidad de la regulación del Archivo de Revocación Poderes”, *Diario La Ley*, núm. 6996-7001, 2008.

14 Véase PUIG BRUTAU, J.: “La revocación y la sustitución del poder y del mandato” en ROCA SASTRE, R. M^a y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho Privado*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 482 y ss., en el que hace alusión a la postura de la doctrina alemana inicial que sostenía que la libre revocación del poder constituía una característica esencial del mismo. En la misma obra (p. 494), este autor también alude a sentencias del Tribunal Supremo que consideran nulo un poder irrevocable: SSTs 22 diciembre 1908, 27 octubre 1909, 31 diciembre 1930, entre otras.

poderdante. Se mantenía, por tanto, que el poder tenía un carácter esencialmente revocable y, en consecuencia, que la renuncia a la facultad de revocarlo era nula. Sin embargo, la doctrina mayoritaria actual admite la posibilidad de pactar la irrevocabilidad del poder, siempre que responda a una finalidad legítima y no contravenga la moral ni el orden público (art. 6.2 CC). Se exige que la irrevocabilidad esté justificada por la necesidad de proteger un interés legítimo del apoderado o de terceros, y que se pacte expresamente¹⁵.

Ahora bien, tal y como ha apuntado BARBER CÁRCAMO, aunque se han ofrecido múltiples enfoques por parte de los autores a la hora de aceptar que el poder pueda ser irrevocable, estos suelen ser parciales, lo que hace necesaria una valoración conjunta y matizada que permita una comprensión más completa y conclusiva del asunto¹⁶.

La jurisprudencia reconoce la posibilidad de que un poder sea irrevocable, aunque pueden apreciarse dos posturas en la valoración. Por un lado, existen sentencias en la que se aprecia la existencia de irrevocabilidad aun en ausencia de pacto. Esta línea jurisprudencial la vemos reflejada en la STS 31 octubre 1987¹⁷, que resalta esta cuestión al decir que “la irrevocabilidad del mandato deviene no solo cuando existe pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme con su finalidad y no esté en contradicción con la moral, en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no solo el mandante o el representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente, bilateral o plurilateral, que le sirve de causa o de razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados”.

En cambio, también podemos apreciar sentencias¹⁸ en que se exige para la irrevocabilidad el pacto expreso fundado en una finalidad lícita.

15 A este respecto, se sostiene que la irrevocabilidad del poder puede derivarse de un pacto expreso, tácito o presunto, e incluso cabría afirmarla en ausencia de un acuerdo o manifestación expresa, siempre que dicha irrevocabilidad resulte exigida por la naturaleza o las exigencias del negocio subyacente.

16 BARBER CÁRCAMO, R.: *Una aproximación a la representación voluntaria desde sus límites institucionales*, Dykinson, Madrid, 2019, pp.71-73. Este trabajo hace una completa construcción de las posturas que tanto la doctrina como la jurisprudencia hace de esta materia. Referente a las tesis doctrinales, esta autora recoge que “Las distintas posturas que los autores han adoptado en este tema están estrechamente relacionadas con sus respectivas teorías sobre la distinción entre el poder y el contrato que lo fundamenta, así como sobre si aquel tiene un carácter abstracto o causal. Por otro lado, el debate se ha centrado en gran medida en el análisis de la validez del pacto o cláusula que establece la irrevocabilidad del poder”.

17 STS 31 octubre 1987. ECLI:ES:TS: 1987:8827.

18 STS 24 diciembre 1993 (Rec. 191/1991). ECLI:ES:TS: 1993:9169.

Ahora bien, se ha advertido¹⁹ que la jurisprudencia no siempre trata con precisión esta cuestión y, en general, no distingue claramente entre las dos posibles bases de fundamentación. En muchas ocasiones, mezcla citas de sentencias que responden a argumentos distintos. A partir de esto, puede concluirse que lo realmente relevante para nuestra jurisprudencia es la validez del pacto de irrevocabilidad del poder, aunque no por sí mismo, sino en función de una causa que lo justifique. La presencia de esta causa permite que el poder sea irrevocable, incluso si no existe una previsión expresa al respecto, ya sea en el propio poder o en el contrato subyacente. En cambio, si la causa no existe o desaparece, se aplica la regla general: el poder vuelve a ser libremente revocable.

A la luz de lo establecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, queda fuera de toda duda la admisibilidad del poder establecido con carácter irrevocable. Lo verdaderamente relevante es determinar cuáles son los efectos que produce²⁰.

En referencia a la eficacia del poder irrevocable, se ha distinguido dos clases de irrevocabilidad del poder: la absoluta (o real) y la relativa (u obligacional). La irrevocabilidad real se sustenta en la causa subyacente que da origen al mandato y reviste un carácter absoluto, en tanto que impide al poderdante su revocación unilateral, configurándose, así como una auténtica y estricta irrevocabilidad. En contraposición, la irrevocabilidad obligacional permite la revocación por parte del mandante, aunque dicha facultad queda sujeta a la obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del compromiso asumido de no revocar. Se ha sostenido que la irrevocabilidad real resulta procedente cuando el poder conferido tiene por objeto asegurar o garantizar un interés legítimo del apoderado, evitando la frustración de la relación jurídica subyacente. En los supuestos en que dicho interés no se encuentra vinculado a una causa que justifique la irrevocabilidad en sentido estricto, y media únicamente un pacto entre las partes, la irrevocabilidad tendrá naturaleza meramente obligacional.

La utilización del poder irrevocable en la práctica lo encontramos, a modo de ejemplo, en la dación para pago de deudas, donde no se produce una cesión inmediata de bienes al acreedor. En su lugar, se le otorga un poder para que venda los bienes del deudor y, con el producto de la venta, satisfaga su crédito. Es evidente

19 BARBER CÁRCAMO, R.: *Una aproximación*, cit., p. 74.

20 DIEZ PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 308. Hay quien reconoce que lo más acertado hubiera sido a la hora de enfocar esta cuestión haber primeramente tratado los efectos. Así, RAMÓN CHORNET, J. C.: "El poder irrevocable", *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 2110, que señala que: "la doctrina, en mi opinión, suele cometer el error de plantearse primero el tema de la admisión del poder irrevocable y, después, una vez admitido con más o menos reservas, tratar de sus efectos, distinguiendo la irrevocabilidad absoluta de la relativa. Sin embargo, como hemos visto, el poder irrevocable absoluto y el poder "irrevocable" relativo son, en realidad, dos figuras distintas que tienen muy poco que ver entre sí, aparte de la confusión que genera la simétrica denominación que se les aplica".

que, si el deudor pudiera revocar libremente este poder, podría obstaculizar negociaciones ya avanzadas del apoderado con terceros, comprometiendo así el cumplimiento de la deuda. Además, en este tipo de acuerdos, el acreedor-apoderado asume el compromiso de no ejecutar directamente los bienes del deudor-poderdante. Por tanto, en estos casos, la irrevocabilidad del poder está plenamente justificada. No obstante, existen otros supuestos prácticos, bastante relevantes para el apoderado debido al interés que tiene en la relación jurídica subyacente como acontece en contratos de compraventa sujetos a condición suspensiva o resolutoria, como la obtención de una licencia o autorización específica, donde la parte que tiene la titularidad del bien otorga poder a la otra para gestionar los trámites necesarios para obtener dicha licencia.

Para finalizar, resulta pertinente hacer un análisis acerca del reconocimiento legal del poder irrevocable tanto desde una perspectiva actual como a futuro.

Como sabemos, en nuestro Código civil, no existe una norma general que indique su admisión, aunque reconoce algunos supuestos como el consagrado en el art. 1692, párrafo 1º que dice: “El socio nombrado administrador en el contrato social puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legítima”.

En el ámbito del Derecho foral podemos encontrar algunos ejemplos en los que existen disposiciones que con carácter general han reconocido expresamente el poder irrevocable. Tal es el caso del Fuero Nuevo de Navarra²¹ que en su Ley 52 estipula: “El poder de representación podrá revocarse libremente por el poderdante, salvo que se hubiere concedido con carácter irrevocable en razón de un interés legítimo del apoderado o de que entre éste y el poderdante exista una relación contractual que justifique la irrevocabilidad”.

De igual modo, en el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña²² se ocupa del pacto de irrevocabilidad en el art. 622-36 que reza lo siguiente: “1. Se puede pactar que el mandato sea irrevocable si el otorgamiento tiene como finalidad la salvaguarda de intereses legítimos del mandatario o de los mandantes, derivados de una relación jurídica distinta del mandato.

2. No obstante el pacto de irrevocabilidad, el mandato puede revocarse en los siguientes casos: a) Si la relación jurídica que fundamenta la irrevocabilidad

21 Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Publicado en BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973.

22 Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Publicado en BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2017.

se extingue. En caso de irrevocabilidad pactada en interés del mandatario, la extinción tiene lugar por incumplimiento de la relación jurídica. b) Si existe una causa legítima.

3. La revocación surte efectos si, una vez notificada al mandatario, este no se opone en el plazo de quince días.

4. La revocación del mandato que contravenga al pacto de irrevocabilidad es ineficaz”.

Se aprecia, por ende, la aceptación del pacto de irrevocabilidad, aunque, tal y como se decide del precepto, sigue siendo una excepción, ya que, aunque el apartado cuarto 4 del artículo establece que la revocación del mandato que contravenga el pacto de irrevocabilidad es ineficaz, en el apartado tercero indica que la revocación produce efectos si, una vez notificada al mandatario, este no se opone en el plazo de quince días. Por lo tanto, interpretamos que su reconocimiento es parcial y con ciertas reservas, aunque al menos se le otorga un respaldo legal al pacto de irrevocabilidad.

La PMR, ya dijimos que en el art. 1285. 1 anunciaba la posibilidad que la irrevocabilidad. En el art. 1287 habla claramente sobre esta cuestión señalando lo siguiente: “1. El poder general será siempre revocable. 2. El poder especial puede ser concedido con carácter irrevocable. En este caso, no podrá ser revocado sin el consentimiento de la persona en cuyo interés se estableció la irrevocabilidad, salvo que exista justa causa”.

Parece razonable reconocer que los poderes generales serán siempre revocables dada la amplitud que tiene este poder. En cambio, se recoge en la PMR la posibilidad de que los poderes especiales puedan concederse con carácter irrevocable, aunque matiza que podrían revocarse siempre que mediara el consentimiento en cuyo interés se estableció el pacto de irrevocabilidad.

Respecto a este último supuesto, la Propuesta de Modernización de Reforma del Código civil operada en el 2009 en su art. 1293.2 detallaba quién podría ser el que debiera prestar el consentimiento. Concretamente, señala: “si en un poder especial se establece su irrevocabilidad por haber sido conferido para el cumplimiento de una obligación del representado con el representante o con un tercero, no podrá ser revocado sin consentimiento del acreedor, salvo que exista justa causa”.

2. Renuncia del apoderado.

Cuando hablamos de la representación voluntaria, ejercicio de las facultades representativas pueden originarse en el marco de una relación contractual entre

el poderdante y el apoderado, por ejemplo, cuando existe una contraprestación por los servicios prestados o, por el contrario, tratarse de un acto gratuito y desinteresado, como ocurre cuando un padre con discapacidad otorga un poder a su hijo para que gestione sus asuntos económicos y patrimoniales.

En cualquier caso, la actuación del apoderado es siempre voluntaria y puede extenderse durante el tiempo que este desee o el que haya sido estipulado en el poder conferido. No obstante, el apoderado conserva en todo momento la facultad de renunciar a dicha representación, cesando así en su capacidad de actuar en nombre del poderdante.

Podríamos pensar que más que hablar de renuncia, basta simplemente con dejar de ejercer el poder. Sin embargo, la práctica notarial coincide en destacar la conveniencia y, en muchos casos, la necesidad de otorgar una escritura pública de renuncia, dotando al acto de la solemnidad y publicidad requeridas para su eficacia frente a terceros y para la protección del tráfico jurídico.

Centrándonos en la regulación del CC, el art. 1732.2° establece que el mandato se acaba por la renuncia del mandatario. Esta norma también se aplica a la representación. Es decir, así como el poderdante puede revocar un poder, el apoderado también tiene el derecho de renunciar a él.

Sin embargo, para garantizar un equilibrio entre este derecho del representante y la protección de los intereses del poderdante, la renuncia solo será válida siempre que se cumplan una serie de requisitos.

De un lado, según se deduce del art. 1736²³ CC, la renuncia debe ser comunicada al representado para que surta efectos²⁴. Sobre esta cuestión, podríamos hablar de una obligación de notificar la decisión de renunciar por parte del representante, incluso, se ha mantenido que, en base al principio de la buena fe imperante en todas las relaciones jurídicas, debería el apoderado preavisar de manera razonable acerca de su decisión de renunciar para evitar perjuicios al poderdante.

También el renunciante deberá indemnizar los daños ocasionados por tal decisión al representado, a menos que su renuncia se deba a la imposibilidad de continuar las gestiones encomendadas sin grave detrimento suyo.

23 El art. 1736 CC establece: "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".

24 La renuncia se configura como una declaración de voluntad recepticia puesto que se exige que debe ser puesta en conocimiento del mandante (poderdante) para que surta efectos. Véase STS 30 noviembre 2004 (Rec. 3327/1998). ECLI:ES:TS: 2004:7791.

En este sentido, existen diversas circunstancias que pueden llevar a la necesidad de renunciar un poder otorgado. Entre otras podríamos señalar: la finalización del vínculo contractual entre el poderdante y el apoderado, que daba fundamento a la representación, desacuerdos o conflictos entre ambas partes, que motivan la decisión del apoderado de dar por terminado el mandato, la designación de una nueva persona con facultades representativas, dejando sin efecto el rol del apoderado anterior o, incluso, situaciones excepcionales, como una enfermedad, que impidan al apoderado ejercer sus funciones de manera adecuada.

No obstante, resulta interesante destacar que esta obligación de indemnizar no se debe directamente a la renuncia, sino a los daños resultantes de un ejercicio intempestivo de la misma²⁵. Además, según el art. 1737²⁶ CC, el representante no puede abandonar inmediatamente la gestión después de renunciar (aunque hubiera renunciado con justa causa) sino que continuará con las tareas encomendadas hasta que el representado pueda tomar las medidas necesarias, lo cual debe ocurrir en un plazo razonable. El artículo mencionado utiliza la expresión “haya podido tomar” lo que parece indicar a nuestro entender que la continuidad de las gestiones por el representante no puede mantenerse sine die sino sólo el tiempo que prudencialmente sea adecuado para que el poderdante haya podido tomar las decisiones necesarias para suplir la renuncia del representante. No obstante, si el tiempo transcurre y el dominus negotii no adopta las disposiciones necesarias para cubrir la falta del representante pudiendo haberlo hecho, los daños que se deriven podrán serle imputados a él debido a su falta de diligencia debiendo quedar exonerado de responsabilidad por ello el representante²⁷.

Respecto a los concretos daños que pueden ser indemnizables, hay quienes²⁸ defienden que no parece que deban incluirse el deber de indemnización el lucro cesante. Incidiendo sobre ello, GONZÁLEZ CARRASCO²⁹ destaca que la determinación del quantum indemnizatorio deberá recibir un tratamiento diferenciado según que el mandato sea ejercicio a título oneroso o gratuito. De este modo, resalta que el art. 1719 CC establece que, cuando el mandatario no cobra por el ejercicio de sus funciones, no se le exige tanta responsabilidad. Es por ello por lo que, si el mandato es gratuito, la indemnización puede limitarse solo al daño emergente y no incluir el dinero que el mandante pudo haber ganado (esto es, el lucro cesante), puesto que el mandatario no estaba obligado a conseguir beneficios

25 GORDILLO CAÑAS, A.: “Comentario del artículo 1736 CC”, en AA.VV: *Comentario del Código civil* (Dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ/L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN/R. BERCOVITZ/P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1592.

26 El art. 1737 CC dispone: “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”.

27 DIEZ-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 312.

28 Ibidem.

29 GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: “Comentario del art. 1736 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11871.

para el mandante, es decir, las ganancias que pudiera obtener el mandante con la actuación del mandatario no derivan de un sinalagma contractual que este último deba proteger o garantizar. Es idea pudiera ser extensible en la representación.

3. Fallecimiento o situación concursal del representante o del representado.

Atendiendo al art. 1732.3° CC, el mandato se acaba por muerte o por concurso del mandante o del mandatario.

En caso de fallecimiento del mandatario (en lo que a nosotros respecta, representante), conforme al art. 1739³⁰ CC, los herederos de éste deben informar al mandante (poderdante) sobre su muerte y, además, atender provisionalmente las necesidades que impongan las circunstancias en interés del representado. De este modo, se establecen dos obligaciones principales a cargo de los herederos del representante: primero, notificar el fallecimiento al representado; y segundo, actuar temporalmente en aquello que resulte urgente o necesario.

No parece defendible la idea de que los herederos del representante puedan continuar con la gestión encomendada a éste, dado el carácter intuitu personae de la representación voluntaria. Además, el art. 1739 del Código Civil indica claramente que su intervención debe limitarse a lo estrictamente urgente. Por tanto, las funciones que asumen los herederos no implican una continuación de la representación, sino que constituyen obligaciones legales derivadas de la extinción del poder por fallecimiento del representante, impuestas a quienes tienen conocimiento tanto de la existencia de la representación como del estado en que se encontraba la gestión al momento de su extinción³¹.

Por lo que se refiere a la muerte del representado, parece razonable que el poder se extinga si su concesión se hizo en su exclusivo interés. Se ha mantenido que el poder puede subsistir después de la muerte de la persona física o de la disolución de la persona jurídica del poderdante por varias causas, entre ellas el que obedezcan a exigencias de cumplimiento de otro contrato, con derechos y obligaciones para el mandatario y para terceros³².

30 El art 1739 CC establece lo siguiente: “En el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste”.

31 En este sentido, se ha destacado por BADENAS CARPIO, J. M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 222 que queda así evidenciado que la intransmisibilidad de la obligación principal de ejecución del mandato determina su extinción con la muerte del mandatario. No obstante, subsisten ciertas obligaciones accesorias, como el deber de rendir cuentas, facilitar información a los herederos, entregar los frutos o beneficios obtenidos e indemnizar los daños causados. Estas obligaciones, al no extinguirse con el fallecimiento del mandatario, constituyen una excepción al principio de accesoriedad de las obligaciones.

32 Véase, ÁVILA NAVARRO, P.: *La representación*, cit., p. 195.

Resulta interesante traer a colación el art. 1285.3º y 4º PMR, donde se recoge expresamente que el poder de representación se extingue por muerte del representante y por muerte del representado respectivamente. Sin embargo, en caso de fallecimiento del representado el precepto señala que no se producirá la extinción del poder cuando éste hubiera sido otorgado “en el ámbito de la actividad empresarial del poderdante, o su permanencia resulte necesaria para la efectividad del contrato subyacente en el que están interesados el representante o un tercero”. En referencia a lo dispuesto en el Código de Comercio, entiende el mantenimiento de la representación en el art. 290 puesto que dispone que “los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido”.

Respecto a la cuestión de la declaración de concurso como causa de extinción, en primer lugar, debemos destacar que 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 suprime la insolvencia como causa de extinción del mandato en el art. 1732 CC. Antes de esta reforma, el art. 1732 establecía que el mandato se extinguía, entre otras causas, por “la quiebra o insolvencia del mandante o mandatario”. Tras la modificación introducida por la citada Ley (en vigor desde el 3 de septiembre de 2021), se suprime la referencia a la insolvencia y se mantiene únicamente la extinción por “concurso” del mandante o mandatario. La justificación a esta modificación se debe a que, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003³³, el tratamiento de la insolvencia cambió puesto que ésta no supone automáticamente la incapacidad de la persona para gestionar sus propios actos jurídicos, por tanto, no se justificaba que esta situación diera lugar a la extinción del mandato.

Se desprende del art. 1732.3º CC que la declaración de concurso ya sea del representante o del representado, provoca automáticamente la extinción del poder de representación, sin hacer distinción entre ambos ni tomar en cuenta si el concursado ha sido o no suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio³⁴.

33 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Publicado en BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

34 El art. 106 de la Ley Concursal se refiere a los efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado. En concreto, dispone los siguiente: “1. En caso de concurso voluntario, el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, pero el ejercicio de estas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que podrá autorizar o denegar la autorización según tenga por conveniente.

2. En caso de concurso necesario, el concursado tendrá suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa. La administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de esas facultades.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener”.

Cuando el representado (mandante) es declarado en concurso de acreedores, el poder de representación se extingue automáticamente desde el momento de la declaración de concurso. Esto se debe a que la situación concursal afecta a la capacidad de disposición patrimonial del representado, y la administración y disposición de sus bienes pasa a estar sometida a las reglas del procedimiento concursal y, en su caso, a la intervención o sustitución por la administración concursal.

De igual modo, si el representante es declarado en concurso, se produce también la extinción del poder de representación. La razón es que la declaración de concurso le impide que siga actuando válidamente en nombre del representado. En estos casos, el problema está en la incapacidad sobrevenida del representante para cumplir con las funciones encomendadas, más que en la protección del patrimonio del representado.

Resulta interesante la matización que, sobre la extinción del poder de representación por declaración de concurso, realiza la PMR en el art. 1285. 7°. Este precepto estipula lo siguiente: “El poder de representación se extingue: ... Por la declaración de concurso del representante, así como por la del representado, cuando este sea suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio”. Se puede deducir de la anterior disposición que la mera declaración de concurso del representante conlleva la extinción del poder de representación conferido a su favor; aun cuando no se haya decretado la suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. En cambio, tratándose del representado, el poder otorgado por este únicamente se extinguirá en caso de que sea suspendido en el ejercicio de dichas facultades como consecuencia del procedimiento concursal.

4. La adopción sobrevenida de medidas de apoyo respecto al representante.

Tal y como dijimos al inicio de este trabajo, se han realizado modificaciones significativas en relación con las causas de extinción del mandato contempladas en el art. 1732 CC³⁵ 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.

35 El art. 1732 CC antes de la reforma operada por la Ley 8/2021 tenía el siguiente tenor literal: “El mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia o incapacidad del mandatario. 3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.

El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad de la mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

En primer lugar, el numeral segundo del artículo citado elimina la incapacitación del mandatario como causa de extinción, dejando únicamente la renuncia como motivo específico que afecta al mandatario. Por su parte, el apartado tercero conserva únicamente la muerte y el concurso de acreedores como causas aplicables tanto al mandante como al mandatario, suprimiendo la declaración de prodigalidad, en coherencia con la eliminación de esta figura en el CC. Asimismo, se suprime la mención a la insolvencia que aparecía junto al concurso.

También desaparece el último párrafo que establecía como regla general la extinción del mandato por incapacitación sobrevenida del mandante, aunque contemplaba excepciones para casos en los que se hubiera previsto su continuidad o cuando el mandato hubiera sido otorgado específicamente para situaciones de incapacidad del mandante.

Estas modificaciones no implican que la pérdida o disminución de capacidad jurídica de alguna de las partes del contrato carezca de relevancia. Por tal motivo, para el mandatario, se introduce un nuevo apartado (cuarto) que considera causa de extinción el establecimiento de medidas de apoyo que afecten los actos en los que deba intervenir en tal condición. Respecto al mandante, se crea otro apartado (quinto) que establece la extinción del mandato cuando se constituya una curatela representativa como medida de apoyo para ejercer su capacidad jurídica. De estos dos últimos apartados nos ocuparemos en las líneas que siguen.

Respecto a la extinción del poder de representación por la adopción sobrevenida de medidas de apoyo respecto al representante, el art. 1732.4º CC tras la reforma 2021 señala: “El mandato se acaba 4. º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición”.

Tras la reforma, y a diferencia del régimen anterior, la mera existencia de una situación de discapacidad en el mandatario y la consecuente adopción de medidas de apoyo no conllevan, con carácter general, la extinción automática del mandato³⁶. Solo procederá la extinción por ministerio de la ley cuando dichas medidas incidan de forma directa en el ámbito de actuación objeto del mandato. En tales supuestos, al no poder el mandatario actuar por sí solo en el acto jurídico concreto al requerir la intervención de apoyos, (como pudiera ser un curador) se pierde, o al menos se diluye, el elemento intuitu personae que caracteriza al contrato de mandato. Esta circunstancia parece que puede ser el fundamento que ha llevado al legislador para establecer la extinción del mandato únicamente en estos casos específicos.

36 Todas las alusiones que se hagan en estos apartados tanto al mandatario como al mandante, las entendemos extensibles en lo sucesivo al representante/apoderado y al representado/poderdante respectivamente. De igual modo, cuando se diga mandato nos referiremos a poder.

Fuera de ese supuesto, la discapacidad del mandatario no afecta a la subsistencia del contrato. Ahora bien, tal y como reconoce MARTÍNEZ ESCRIBANO³⁷, si el mandante, en atención a la discapacidad sobrevenida del mandatario y ante una eventual pérdida de confianza, desea poner fin al vínculo contractual, deberá proceder a su revocación, ya que en el nuevo régimen normativo la discapacidad por sí sola no produce la extinción automática del contrato, como sí ocurría bajo la normativa anterior.

Este cambio normativo resulta significativo y refleja el nuevo enfoque en materia de discapacidad, más respetuoso con la autonomía de las personas con discapacidad. La idea central es clara: no existe razón jurídica que justifique la extinción automática del mandato si la discapacidad del mandatario no incide directamente sobre los actos comprendidos en el objeto del encargo.

En este sentido, la evolución normativa introducida por la Ley 8/2021 se aleja del criterio recogido en el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018, que limitaba la extinción a los casos en los que para el mandatario “se dispongan judicialmente medidas de apoyo que impliquen representación plena”. La reforma ha sido valorada positivamente, al reconocer que incluso medidas de apoyo de menor intensidad pueden generar una quiebra en la confianza del mandante y comprometer la función del mandatario, sin necesidad de exigir que se trate de una curatela representativa.

No obstante, debe recordarse que el artículo aplicable deja claramente establecido que la adopción de medidas de apoyo, de forma aislada, no determina por sí sola la extinción del mandato. Lo relevante es el grado de incidencia que tales medidas tengan sobre los actos objeto del encargo. En consecuencia, si los apoyos se limitan a facilitar el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica del mandatario y no interfieren en el ámbito material del mandato, carecería de fundamento declarar su extinción automática, conforme a los principios inspiradores de la reforma.

Otro tema que ha generado interés en el ámbito doctrinal es el impacto que las medidas de apoyo pueden tener sobre el alcance del poder otorgado al mandatario. En este sentido, en los casos en que el poder se haya otorgado para la realización de un acto determinado y las medidas de apoyo incidan directamente sobre dicho acto, no cabe duda de que el mandato queda extinguido.

Ahora bien, si el poder conferido reviste un carácter general y las medidas de apoyo afectan únicamente a determinados actos concretos (pero no a la

37 MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Comentario al Art. 1732”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (Dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 1055.

totalidad de los que comprende el mandato) cabe plantearse la posibilidad de una subsistencia parcial del mismo. En tales supuestos, podría entenderse que el mandato se extingue únicamente en relación con aquellos actos para los que el mandatario requiere apoyo, manteniéndose vigente respecto de los restantes actos no afectados por la medida.

Según la opinión de MARTÍNEZ ESCRIBANO³⁸, no debería admitirse la posibilidad de que el mandato subsista parcialmente, ante la ausencia de un respaldo legal expreso y por el riesgo de generar confusión e inseguridad jurídica. En consecuencia, el mandato debería considerarse extinguido en su totalidad, sin perjuicio de que el mandante, si así lo estima conveniente, pueda formalizar un nuevo contrato de mandato adaptado a las capacidades del mandatario, circunscrito a aquellos actos que este pueda realizar sin necesidad de medidas de apoyo.

Frente a esta postura, autores como MARTÍN PÉREZ³⁹ y MARIÑO PARDO⁴⁰ sostienen una interpretación diferente. A su juicio, incluso cuando la medida de apoyo adoptada consista en una curatela representativa, ello no implica necesariamente la extinción total del mandato. Según su parecer, debe analizarse en cada caso si los actos para los que el mandatario fue facultado se encuentran comprendidos dentro del ámbito específico de la curatela, la cual debe determinarse con precisión. Solo en ese caso cabría afirmar que la medida de apoyo incide efectivamente sobre el contenido del mandato. Desde esta perspectiva, puede sostenerse que, incluso en los supuestos de mandatos conferidos mediante poderes generales o que incluyan distintas clases de actos, la extinción no ha de operar de forma total y automática. Por el contrario, debería entenderse limitada a las facultades concretas que se vean afectadas por las medidas de apoyo adoptadas, lo que permitiría afirmar una extinción parcial del mandato.

En otro orden de cosas, se ha planteado la problemática acerca de la validez de los actos que hubiera celebrado el mandatario (representante) que precisaba de medidas de apoyos cuando, a pesar de estar necesitado de ellas, no se le hubieran adoptado.

En relación con lo anterior, del actual marco legal puede deducirse que la mera existencia de una situación de discapacidad, cuando no va acompañada de la adopción de medidas de apoyo, no determina por sí sola la extinción automática del mandato previamente conferido. No obstante, ello no implica que no pueda

38 MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: "Comentario al", cit., p. 1057.

39 MARTÍN PÉREZ, J. A.: "Comentario al art. 1732", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M^a. P. GARCÍA RUBIO y M^a. J. MORO ALMARAZ), Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 732.

40 MARIÑO PARDO, F.: "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Modificación del artículo 1732 del Código Civil: causas de extinción del mandato", *Blog Iuris Prudente*, 2021.

cuestionarse la validez o eficacia de los actos celebrados por una persona en situación de discapacidad, si se acredita que dicha condición afectaba al ejercicio de su capacidad jurídica, aun cuando no se hubieran establecido formalmente medidas de apoyo.

En esta línea, el Anteproyecto de Ley de 2018 contemplaba expresamente la posibilidad de anular los contratos celebrados en ausencia de medidas de apoyo, previendo en un apartado del art. 1302 CC que: “Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal”. Sin embargo, esta previsión no fue incorporada al texto definitivo de la reforma.

En cualquier caso, conforme a lo señalado por MARTÍN PÉREZ⁴¹, los actos celebrados por una persona en tal situación producirán plenos efectos jurídicos mientras no sean impugnados y anulados judicialmente.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO⁴² sostiene que, en el supuesto de que un mandatario que ha devenido en situación de discapacidad requiera medidas de apoyo para realizar los actos propios del encargo, y pese a ello actúe como mandatario, el acto debería considerarse inicialmente nulo, en la medida en que el mandato habría de entenderse extinguido. No obstante, admite la posibilidad de que el mandante pueda convalidar dicho acto mediante su ratificación expresa.

5. La constitución de la curatela representativa en favor del poderdante.

El art. 1732. 5.º recoge que “el mandato se acaba: Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos”.

Este precepto plantea una cuestión especialmente compleja: qué ocurre cuando la persona que ha conferido un mandato le sobreviene una discapacidad que hace necesario el establecimiento de medidas de apoyo. Y no cualquier medida de apoyo, sino de una curatela representativa, la modalidad más excepcional y reservada para situaciones en que las limitaciones en el ejercicio de la capacidad resultan más intensas.

Lo cierto es que el legislador, en este precepto, no ha contemplado la posibilidad de verificar si existe identidad material entre el contenido del mandato conferido y los actos cuya realización queda sujeta al ámbito de la curatela representativa.

41 MARTÍN PÉREZ, J. A.: “Comentario al”, cit., p. 732-733.

42 MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Comentario al”, cit., p. 1056. Esta autora señala que serán los Tribunales los que deberán ir pronunciándose sobre la validez de estos actos.

La interpretación literal del texto normativo, así como el análisis sistemático del régimen extintivo del mandato, pueden conducir a interpretar de que este se extingue automáticamente con la constitución de la curatela representativa, sin necesidad de ulterior examen sobre la posible compatibilidad entre ambas figuras. No obstante, esta solución⁴³ se aleja de los principios que inspiran el sistema de apoyo a la capacidad jurídica diseñado por la reforma operada en la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Ahora bien, el propio inciso final del apartado 5.º introduce una excepción significativa al régimen general, al establecer que lo dispuesto se entiende “a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos”.

Sin perjuicio de que el análisis de esta figura excede del cometido del presente estudio, conviene recordar que los arts. 256 a 262 CC contemplan dos modalidades de poderes preventivo: por un lado, el poder eficaz desde el momento de su otorgamiento, con cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise en el futuro medidas de apoyo (lo que la doctrina denomina “poder con pacto de subsistencia”); y, por otro, el poder cuyo efecto queda diferido hasta el momento en que se constate dicha necesidad (el denominado “poder a futuro”).

Resulta conveniente poner de manifiesto que, la relevancia de la salvedad introducida por el art. 1732.5.º CC radica en que permite afirmar la posible coexistencia entre los poderes y mandatos preventivos y otras medidas de apoyo, incluida la curatela representativa constituida judicialmente, siempre que entre ellas no exista incompatibilidad funcional. Esta interpretación se ve reforzada por lo dispuesto en el primer inciso del art. 258 del mismo cuerpo legal, conforme al cual “los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado”.

En consecuencia, la posible compatibilidad deberá ser objeto de valoración en atención a su contenido y finalidad. En este sentido, se ha defendido por GARCÍA RUBIO⁴⁴ que, en los supuestos en que resulte necesaria la constitución de una curatela representativa en favor del mandante, es previsible que la autoridad judicial valore la designación como curador de la persona previamente instituida como apoderado en virtud del instrumento preventivo otorgado por el propio afectado. Probablemente esta solución resulta razonable en tanto minimiza los

43 MARTÍN PÉREZ, J. A.: “Comentario al”, cit., p.733.

44 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, p. 190.

riesgos de conflicto competencial entre el curador y el apoderado, que podrían surgir cuando ambos ostentan facultades de carácter general⁴⁵.

En este último caso, resulta interesante traer a colación la STS 4 noviembre 2024⁴⁶ en la que se señala que no procede constituir una curatela si existe un poder preventivo general suficiente. Merece la pena detenerse en los hechos de este asunto que clarifican cómo el espíritu de la ley 8/2021 da preferencia a las medidas voluntarias de apoyo en favor de las personas con discapacidad. Pasamos a relatar brevemente el supuesto litigioso: En el año 2021, un particular promueve procedimiento judicial solicitando la incapacitación de su madre y su sujeción al régimen de tutela. Durante la sustanciación del proceso, entra en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio. A la luz de este nuevo marco normativo, el demandante modifica su pretensión inicial y solicita la constitución de una curatela como medida judicial de apoyo, interesando su designación como curador.

La persona cuya protección se pretende presenta un deterioro cognitivo leve consecuencia de la enfermedad de Alzheimer que padece. No obstante, conserva un cierto grado de autonomía en su desenvolvimiento personal y mantiene la capacidad de expresar su voluntad, deseos y preferencias de manera libre.

Con anterioridad a la interposición de la demanda, concretamente pocos días antes, la interesada había conferido poder general, con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad, a favor de sus otros dos hijos. Dicho poder les otorgaba amplias facultades tanto en el ámbito patrimonial como en lo relativo a decisiones personales vinculadas al bienestar y la salud de la poderdante.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Las Palmas de Gran Canaria desestima la demanda al considerar que concurre una medida de apoyo de naturaleza voluntaria plenamente válida y suficiente, debiendo respetarse la voluntad, deseos y preferencias manifestados por la persona afectada. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) confirma íntegramente la resolución de instancia.

Contra dicha sentencia, el demandante interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, fundamentado que, dada la discapacidad sobrevenida de la interesada, se hace necesario constituir una curatela como medida de apoyo adecuada, ya que el poder general otorgado por ella, aun cuando incluye una cláusula de subsistencia, resulta insuficiente. Además, al no haberse inscrito dicho

45 Esta línea interpretativa encuentra respaldo en el art. 259 CC, que establece que, cuando el poder preventivo “comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a la regla aplicable a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa”.

46 STS 4 noviembre 2024 (Rec. 9015/2023). ECLI:ES:TS: 2024:5267.

poder en el Registro Civil, no puede considerarse como una medida de apoyo voluntaria existente.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. La STS destaca entre sus argumentos que la constitución judicial de la curatela debe adoptarse mediante resolución motivada, y únicamente cuando no exista otra medida de apoyo que resulte suficiente.

De igual modo, se concluye que las necesidades de apoyo de la persona afectada se encuentran adecuadamente cubiertas en sus relaciones con terceros, a través del poder notarial otorgado a favor de sus otros hijos tanto en el ámbito patrimonial como en la esfera personal y de salud. El hecho de que la madre del recurrente requiera apoyos para ejercer su capacidad jurídica no invalida el poder general que otorgó; por el contrario, este debe considerarse como una medida de apoyo voluntaria, ajustada al marco de la nueva legislación.

Finalmente, destaca la sentencia que la validez y eficacia del poder no dependen de su inscripción en el Registro Civil, ya que, conforme a lo dispuesto por la Ley 8/2021, dicha inscripción no tiene carácter constitutivo.

Por último, querría recoger lo que establece la PMR sobre este particular. Según en el art. 1285.I: "El poder de representación se extingue: 5.º Por el establecimiento, en relación al representado, de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. 6.º Por la constitución, en favor del representante, de la curatela representativa como medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo de lo dispuesto en este Código respecto de los poderes y mandatos preventivos".

A mi entender, si nos fijamos en la letra de la norma, se ha podido producir un error al transcribir los supuestos a la hora de referirse al representado (regla 5º) y al representante (regla 6º) cuando en realidad lo que querían plasmar era precisamente lo contrario, esto es, poner en la regla 5º que el poder de representación se extingue por el establecimiento, en relación al representante, de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición y en la regla 6º que la extinción del poder de representación se produce por la constitución, en favor del representando, de la curatela representativa como medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo de lo dispuesto en este Código respecto de los poderes y mandatos preventivos. Éste es el espíritu contemplado en la Reforma promovida por la Ley 8/2021 en el Código Civil, tal y como hemos analizado, y, por tanto, en mi opinión, es la línea seguida en la PMR de 2023.

6. La subsistencia “provisional” del poder de representación.

Al hablar de la subsistencia “provisional” del poder de representación nos referimos a aquellas situaciones en las que, a pesar de que ha concurrido una causa que normalmente extinguiría el poder, los efectos de dicho poder o ciertas obligaciones del representante pueden continuar de forma temporal. Lo que se pretende es proteger la seguridad jurídica, los intereses de terceros que actúan de buena fe, o los del propio poderdante o sus herederos ante una interrupción repentina del poder.

En nuestro Código Civil existen supuestos en el contrato de mandato (que nosotros por analogía lo hacemos extensivos al poder), donde el poder o sus efectos pueden subsistir provisionalmente. Baste en este punto hacer alusión a algunos de ellos puesto que ya nos hemos detenido en su análisis en otros pasajes de este trabajo.

El art. 1718 CC, párrafo segundo, indica que el mandatario “debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza”. Tal y como se puede apreciar, el mandatario (representante) tiene la obligación de continuar las gestiones urgentes o ya iniciadas para no perjudicar los intereses del mandante (poderdante o, en este caso, de sus herederos).

Conforme al art. 1737 CC, “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”. La renuncia extingue el poder, pero el representante debe seguir actuando temporalmente para que el representado pueda encontrar un sustituto o hacerse cargo de sus asuntos.

Si quien fallece es el mandatario, el art. 1739 CC dispone que “deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste”. Aquí, la obligación de diligencia se traslada provisionalmente a los herederos del mandatario (representante).

Uno de los casos más claros de subsistencia lo encontramos en el art. 1738 CC⁴⁷ donde el mandatario actúa ignorando la extinción del mandato. Este artículo señala que “Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”. La finalidad es proteger la confianza y la apariencia jurídica, validando los actos del mandatario (apoderado) si tanto él como el tercero desconocían la causa de extinción.

47 Sobre este precepto nos detendremos en el epígrafe siguiente de este trabajo.

En el ámbito foral, el Código Civil de Cataluña también regula esta materia. Tal es el caso, del art. 622-38 de la Ley del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a obligaciones y contratos, sobre la “Prórroga de la legitimación”, estableciendo que, si el contrato se extingue por una causa que afecta al mandante, el mandatario debe continuar la ejecución iniciada si la interrupción entraña riesgo para los intereses del mandatario o de un tercero o si el mandato era irrevocable.

Por último, la PMR dedica expresamente un precepto a esta materia. El art. 1285. 2 destaca que, a pesar de la extinción del poder, “el representante está autorizado para realizar, durante un plazo razonable, los actos que no puedan ser diferidos sin causar perjuicio al representado o a sus herederos”.

La adopción de esta medida resultará innecesaria en aquellos supuestos en que se haya dispuesto la inmediata designación de un nuevo representante tras la extinción del anterior, o cuando el representado (o su sucesor) se encuentre en condiciones de asumir la ejecución de los actos urgentes y necesarios. La extensión de la legitimación del representante posee un carácter estrictamente transitorio. También habría de resalta que dicha legitimación se encuentra sustancialmente restringida, quedando limitada a la realización de aquellos actos que resulten indispensables para la adecuada protección de los intereses del representado.

III. EFICACIA EXTINTIVA DEL PODER FRENTE A TERCEROS: Oponibilidad y seguridad jurídica.

El art. 1738 CC establece que: “Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”.

Trasladando este artículo al ámbito de la representación, el presente artículo tiene como finalidad reconocer la validez de los actos realizados por el representante incluso después de la extinción del poder, siempre que este no haya tenido conocimiento de las causas que lo extinguieron. Esto incluye tanto la muerte del poderdante (expresamente mencionada en el precepto) como cualquiera de las demás causas previstas en el art. 1732 CC. En consecuencia, la norma protege no solo al representante que actúe de buena fe sin saber que el poder ha finalizado, sino también a los terceros que, en la misma situación de desconocimiento, celebren actos jurídicos con él, otorgando plena validez y eficacia a dichos actos.

Si ánimo de exhaustividad, en este epígrafe me centraré de manera general en el análisis de las posturas doctrinales en torno a esta cuestión, así como la línea jurisprudencial seguida en la actualidad.

En este orden de cosas, la doctrina⁴⁸ ha debatido sobre los requisitos necesarios para que los actos del representante, tras la extinción del poder, sean válidos frente a terceros. Dos posturas principales se destacan:

Por un lado, hay quienes defienden⁴⁹ que la interpretación que hay que dar del art. 1738 CC está centrada en la protección de la apariencia jurídica y la buena fe del tercero, sin exigir necesariamente la buena fe del representante. Los partidarios de esta tesis consideran que el artículo citado no debe interpretarse literalmente, ya que su redacción parece requerir la buena fe del representante como condición para que el tercero quede vinculado con el principal. Sin embargo, esta exigencia de buena fe se referiría únicamente a la exclusión de responsabilidad del representante frente al dominus. Según esta postura, la ubicación del artículo dentro del régimen del mandato indica que su aplicación está orientada a la relación interna entre el representante y el principal. Por tanto, lo que realmente exige es que el representante haya actuado sin conocer la extinción del poder para quedar exento de responsabilidad frente al dominus. En consecuencia, si el representante ignora la extinción del poder, queda liberado de responsabilidad ante el principal, quien deberá asumir el riesgo derivado de la apariencia creada. En cambio, si el representante actúa con conocimiento de la extinción del poder, el principal podrá reclamarle por los daños ocasionados por el contrato celebrado con el tercero.

No obstante, en ambas situaciones (siempre que el tercero haya actuado de buena fe) el contrato celebrado es válido y produce efectos vinculantes entre el tercero y el principal, como es habitual en la actuación representativa. Por ello, la protección basada en la apariencia no puede depender de la buena o mala fe del representante, ya que no se trata de una cuestión de responsabilidad interna frente al dominus, sino de la legitimación frente a terceros.

Ahora bien, la jurisprudencia⁵⁰ ha entendido que, corresponde al tercero verificar que el representante cuenta con un poder válido y vigente que le permita comprometer al representado. Así, se destaca que para que el tercero de buena fe sea mantenido en su contrato con un representante aparente su buena fe o creencia debe fundarse “no en meros indicios, sino en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla

48 Para un estudio tanto doctrinal como jurisprudencial que este tema resulta recomendado el completo análisis que realiza BARBER CÁRCAMO, R., cit., pp. 114-123.

49 Entre los partidarios de esta postura, cabe destacar a: GORDILLO CAÑAS, A.: *La representación aparente*, 2ª ed., Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, pp. 246-248; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente. A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015, pp. 1-36. Del mismo autor: “El poder de representación extinguido y la protección de los terceros de buena fe. Consideraciones sobre la STS 19 julio 2018 (RJ 2018\4500)”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 107, 2018, pp. 491-526.

50 Entre otras, STS 7 julio 2021 (Rec. 3735/2018). ECLI:ES:TS: 2021:2783.

tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora; o cuando alguien con sus declaraciones o su conducta induce al tercero de buena fe a creer razonablemente que se le había concedido poder para llevar a cabo el acto representativo”.

Sin embargo, otros autores argumentan que, para que el acto sea válido, tanto el representante como el tercero deben actuar de buena fe, es decir, desconocer la extinción del poder. Esta interpretación se basa en el tenor literal del art. 1738 CC, puesto que este precepto exige la concurrencia de dos requisitos para que los actos del representante sean válidos frente a terceros: 1º. que el representante ignore la extinción del poder de representación y 2º que el tercero que contrata con el representante actúe de buena fe.

En relación con esta segunda línea de pensamiento⁵¹, no existe una regla general que proteja la apariencia en favor de terceros de buena fe. Además, señalan la ausencia de una norma que consagre expresamente el derecho de los terceros de buena fe a quedar siempre protegidos en tales casos. Argumentan que no existe un principio general de apariencia jurídica tan amplio como algunos creen ya que también habría que tomar en cuenta otros principios como el de autorresponsabilidad. Precisamente, si el poder de representación se ha extinguido por muerte del poderdante, no se puede hablar de autorresponsabilidad porque el poderdante ha fallecido y no puede evitar que el representante siga actuando.

En lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, durante un tiempo coexistieron diferentes criterios judiciales. En la actualidad, parece haberse consolidado una línea interpretativa que exige la concurrencia de buena fe tanto en el representante como en el tercero con el que se contrata. Así pues, esta tesis parece que ha ganado preeminencia a partir de pronunciamientos clave como las Sentencias del Tribunal Supremo 24 octubre 2008⁵² y 13 febrero 2014⁵³.

En la primera de estas sentencias, el Tribunal declaró la nulidad de un préstamo hipotecario. En este caso, el marido había constituido hipoteca, sobre dos chalets de su esposa, para garantizar la devolución de un préstamo, exhibiendo un poder general conferido por la esposa, que había fallecido cinco meses antes. El Alto Tribunal consideró que el art. 1738 CC requiere que tanto el mandatario como el tercero actúen de buena fe. En este punto señala que: “La excepción a la regla general viene dada por el citado art. 1738 que exige, no obstante, la concurrencia

51 MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “El artículo 1738 del Código Civil”, Blog Derecho Mercantil, 13 de marzo de 2014, <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/03/el-articulo-1738-del-codigo-civil.html>. También véase, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El poder de papá cuando papá ya había muerto”, *Blog Derecho Mercantil*, 10 de marzo de 2014, <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/03/el-poder-de-papa-cuando-papa-ya-habia.html?showComment=1394726338422#c5616254066761554659>.

52 STS 24 octubre 2008 (Rec. 1030/2003). ECLI:ES:TS: 2008:5535.

53 STS 13 febrero 2014 (Rec. 200/2012). ECLI:ES:TS: 2014:640.

de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata haya actuado de buena fe; esto es, que desconociera la anterior extinción del mandato; y, en segundo lugar, que el mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato”.

En cuanto a la STS 13 febrero 2014, se declara nula una compraventa inmobiliaria realizada por un hijo que utilizó un poder de representación de sus padres después de que estos hubieran fallecido. La nulidad fue solicitada por otro de los hijos. En este caso, es indudable la mala fe del mandatario vendedor ya que está claro que estaba al tanto del fallecimiento de sus mandantes, quienes además eran sus padres, por lo que tenía plena conciencia de que estaba haciendo un uso inválido del mandato.

Esta orientación jurisprudencial ha sido posteriormente reafirmada por la STS 22 enero 2015⁵⁴ y, también, por la STS 19 julio 2018⁵⁵, consolidando así este criterio.

Para terminar, debemos afirmar que la PMR se ocupa en el art. 1286 de este asunto que destaca: “1. La extinción del poder no es oponible al tercero que no la conociera ni la hubiera podido conocer en el momento de la celebración del acto. El tercero no podrá alegar desconocimiento de la extinción cuando se le hubiese comunicado o se hubiera hecho pública por los mismos medios utilizados para hacer público su otorgamiento. 2. En cualquier caso, la extinción del poder será oponible al tercero: 1.º Si el acto celebrado con él ha sido a título gratuito. 2.º Si hubiera conocido el poder únicamente por la declaración del representante”⁵⁶.

IV. REFLEXIONES CRÍTICAS.

La institución del poder de representación, en tanto mecanismo jurídico de naturaleza voluntaria, representa un elemento clave dentro del tráfico jurídico actual. Su capacidad para agilizar las relaciones jurídicas y permitir la ejecución

54 STS 22 enero 2015 (Rec. 2334/2013). ECLI:ES:TS: 2015:114.

55 STS 19 julio 2018 (Rec. 2396/2015). ECLI: ES:TS: 2018:2856. Esta sentencia aborda un caso en el que se utilizó un poder notarial diecisiete años después de su otorgamiento para garantizar un préstamo personal del apoderado. La cuestión central se centra en la validez de dicho poder y la protección de terceros en situaciones donde la buena fe es determinante. El Alto Tribunal consideró que el uso del poder diecisiete años después de su otorgamiento, sin una relación jurídica o personal vigente entre poderdante y apoderado, y sin una verificación adecuada de su subsistencia, no podía ampararse en la buena fe del tercero. Se concluyó que no existía una confianza razonable en la aparente vigencia del poder, lo que invalidaba la garantía hipotecaria constituida. Tal y como se puede apreciar, esta sentencia destaca la importancia de la buena fe y la diligencia en la actuación de terceros que se relacionan con apoderados. Establece que la mera existencia formal de un poder notarial no es suficiente para proteger a terceros si no se verifica su vigencia y si han transcurrido muchos años desde su otorgamiento sin uso alguno.

56 LETE ACHIRICA, J.: “La representación”, cit., p. 427 destaca que la expresión “ni la hubiera podido conocer” implica la existencia de un deber de diligencia o de responsabilidad personal por parte del tercero que celebró el contrato con el representante cuyo poder había cesado.

de actos complejos lo posiciona como una herramienta imprescindible, tanto en el ámbito privado como en el empresarial. Por ello, resulta esencial identificar con precisión las causas que determinan su extinción y los efectos que de ello se derivan, a fin de garantizar la adecuada protección de los intereses del poderdante, del apoderado y, especialmente, de los terceros que actúan de buena fe en la confianza de la subsistencia de dichas facultades. Este estudio ha abordado diversas situaciones que pueden dar lugar a la extinción del poder, revelando la complejidad de un fenómeno que, a pesar de su trascendencia práctica, carece de una regulación autónoma y sistemática en nuestro Código Civil, lo que obliga a una constante remisión interpretativa a las disposiciones que rigen el contrato de mandato.

El análisis de la extinción del poder de representación debe partir necesariamente del art. 1732 CC, norma que, si bien se refiere expresamente al contrato de mandato, se aplica de forma analógica al ámbito de la representación voluntaria.

Es preciso señalar que la relación de causas de extinción recogida en dicho precepto no constituye un *numerus clausus*, ya que pueden concurrir otras circunstancias no expresamente previstas que igualmente dan lugar a la extinción del poder. Entre ellas cabe destacar la ejecución íntegra del encargo, el cumplimiento de una condición resolutoria o la llegada del plazo al que estuviera sujeto el apoderamiento. Esta apertura normativa evidencia la necesidad de abordar la materia mediante un análisis casuístico y una interpretación integradora del ordenamiento. En este sentido, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PMR) de 2023⁵⁷, en su art. 1285, trata de sistematizar estas causas, proponiendo una regulación más específica para la figura del poder de representación, sin apartarse de la línea general establecida en el art. 1732 CC.

Resulta indispensable señalar que la autonomía de la voluntad se erige como un principio fundamental tanto en la creación como en la extinción del poder de representación.

Desde la perspectiva del poderdante, la facultad de revocar el poder constituye la expresión más representativa del carácter *intuitu personae* que define esta relación jurídica. En su condición de titular del interés gestionado, el poderdante goza, como regla general, de la potestad de revocar unilateralmente la autorización conferida. Las razones pueden ser diversas: pérdida de confianza, desaparición del interés que justificó el otorgamiento del poder, o simplemente la voluntad de asumir

⁵⁷ También en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 en el art. 1293 recoge específicamente las causas de extinción del poder de representación.

personalmente la gestión de sus asuntos. Al tratarse de un acto jurídico unilateral y recepticio, la revocación debe ser comunicada eficazmente al apoderado para surtir efectos entre las partes, conforme a lo dispuesto en los arts. 1733 y 1735 CC. En cuanto a los terceros, el art. 1734 establece que la revocación no les afecta si no se les ha notificado cuando el mandato fue conferido para contratar con personas determinadas. Esta revocación puede manifestarse de forma expresa, mediante una declaración clara, o tácita, a través de actos concluyentes del poderdante. Aunque rige el principio de libertad de forma, resulta recomendable que la revocación se realice en la misma forma que el poder originario, especialmente si este fue otorgado mediante escritura pública. La prueba de la notificación recae en el poderdante, y sus efectos son ex nunc, es decir, no afectan actos válidamente realizados con anterioridad. Además, el poderdante puede exigir la devolución del documento en el que conste el poder revocado.

Existe, no obstante, una excepción relevante a este principio de revocabilidad: el denominado poder irrevocable. Aunque el Código Civil no lo regula de manera general (salvo previsiones específicas como la del art. 1692 para el socio administrador nombrado en el contrato social), la doctrina y la jurisprudencia han reconocido su validez cuando se otorga en beneficio legítimo del apoderado o de un tercero, o cuando constituye un medio necesario para asegurar el cumplimiento de una relación jurídica subyacente. En consonancia con esta interpretación, la Propuesta de Modernización del Código Civil (PMR), en sus arts. 1285.I.I.º y 1287, prevé expresamente esta figura, condicionando su revocación al consentimiento de la persona a cuyo favor se otorgó o, en su defecto, a la existencia de una causa justificada.

En cuanto a la persona del apoderado, este también puede poner fin a la relación representativa mediante renuncia, en ejercicio de su voluntad. La renuncia debe ser comunicada al poderdante, según lo dispuesto en el art. 1736 CC. Si dicha renuncia causa un perjuicio al poderdante, el apoderado deberá responder mediante indemnización, salvo que concurra una causa legítima, como la imposibilidad de continuar la gestión sin grave perjuicio personal. El art. 1737 CC impone además un deber de continuidad provisional: incluso mediando justa causa, el apoderado deberá continuar con la gestión hasta que el poderdante pueda adoptar las medidas necesarias para reemplazarle. Esta obligación se orienta a evitar un vacío perjudicial en la gestión representativa, y su duración debe ajustarse a un criterio de razonabilidad.

También el Código Civil contempla como causas de extinción del poder de representación aquellas que derivan de circunstancias personales de las partes, principalmente la muerte y la declaración de concurso de acreedores.

En lo que respecta al fallecimiento de cualquiera de los intervinientes, la regla general es su efecto extintivo, dada la naturaleza personalísima de la relación de representación. Si quien fallece es el representante (mandatario), sus herederos están obligados, según el art. 1739 CC, a notificar dicho fallecimiento al mandante y a realizar los actos necesarios para salvaguardar sus intereses hasta que este pueda adoptar nuevas disposiciones. No se produce una continuación del poder, sino el cumplimiento de obligaciones transitorias de carácter legal. Por otro lado, si quien fallece es el representado (mandante), también se extingue el poder como regla general. No obstante, tanto la práctica como la Propuesta de Modernización del Código Civil (PMR, art. 1285.4.º) reconocen ciertos supuestos en los que el poder puede subsistir, especialmente cuando ha sido conferido en el marco de una actividad empresarial o si su vigencia resulta esencial para la ejecución de un contrato subyacente que beneficia al apoderado o a un tercero.

Del mismo modo, la declaración de concurso de cualquiera de las partes conlleva la extinción del poder. Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el concepto de “insolvencia” ha sido suprimido como causa, manteniéndose únicamente el “concurso”, en coherencia con la normativa concursal vigente. Si el representado es declarado en concurso, el poder se extingue automáticamente, dado que su capacidad de disponer sobre su patrimonio se ve restringida. En el caso del representante, el concurso implica igualmente la extinción del poder por sobrevenir una incapacidad para ejercer válidamente sus funciones. La PMR (art. 1285.7.º) introduce una matización relevante: si quien entra en concurso es el representado, el poder solo se extinguirá cuando este haya sido suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición; mientras que, en el caso del representante, la extinción operará en todo caso.

Por su parte, la reforma introducida por la Ley 8/2021 ha supuesto una transformación profunda del art. 1732 CC, adecuándolo al nuevo modelo de apoyos a las personas con discapacidad, en consonancia con la Convención de Nueva York 13 de diciembre de 2006.

Este nuevo marco normativo incorpora dos causas adicionales de extinción del poder. En primer lugar, se establece que la mera adopción de medidas de apoyo respecto del representante no conlleva, por sí sola, la extinción del poder. Solo producirá tal efecto cuando dichas medidas impidan al representante intervenir válidamente en el acto concreto que deba ejecutar en el ejercicio del poder. Si la actuación del apoderado requiere el acompañamiento de un curador, se entiende comprometido el fundamento personalista (*intuitu personae*) del poder, lo que justificaría su extinción. Fuera de ese supuesto, el poder puede mantenerse vigente, sin perjuicio de que el poderdante opte por revocarlo si considera que ha perdido la confianza en el apoderado.

En segundo lugar, la constitución de una curatela representativa en favor del poderdante provoca la extinción del poder, salvo en los casos previstos para los poderes preventivos. Estos poderes están diseñados precisamente para activarse o mantenerse vigentes en situaciones en las que el poderdante requiere apoyo. Así lo confirma el art. 258 CC, que preserva la eficacia de los poderes preventivos incluso cuando se hayan adoptado otras medidas de apoyo, incluida la curatela, siempre que no exista incompatibilidad funcional. La jurisprudencia reciente, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2024, tiende a privilegiar la vigencia de las medidas voluntarias, como los poderes preventivos, frente a la curatela judicial, siempre que resulten suficientes para cumplir su función. Además, se aclara que la inscripción del poder preventivo en el Registro Civil no es constitutiva para su validez.

Sobre esta cuestión, en el art. 1285.I, reglas 5.ª y 6.ª de la PMR, se ha detectado una posible errata terminológica al referirse a “representado” y “representante” en el contexto de las medidas de apoyo, lo cual podría inducir a una interpretación contraria al espíritu de la Ley 8/2021. Cabe presumir que la intención legislativa era justamente la inversa, en línea con la protección del principio de autonomía personal.

Otro aspecto de especial trascendencia práctica a comentar es la posibilidad de subsistencia provisional del poder de representación, incluso cuando ya concurre formalmente una causa de extinción. En tales casos, los efectos del poder o determinadas obligaciones del apoderado pueden mantenerse temporalmente vigentes, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica y proteger tanto los intereses de terceros de buena fe como los del propio poderdante o sus herederos.

Dentro de estas reflexiones finales, merece especial atención el art. 1738 CC que establece una regla de protección orientada a preservar la validez de los actos celebrados por el representante que desconocía la extinción del poder. Esta norma busca alcanzar un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica que ampara a los terceros de buena fe y el respeto a los límites objetivos del poder representativo.

Desde el punto de vista doctrinal, existen dos corrientes interpretativas. La primera, de carácter más permisivo, sostiene que basta con la buena fe del tercero para que el acto sea válido, incluso si el representante conocía la extinción. La segunda, que cuenta con un mayor respaldo jurisprudencial, defiende una visión más rigurosa, según la cual se requiere la concurrencia de buena fe tanto en el representante como en el tercero. Esta última postura, respaldada por reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, establece que solo cuando ambos intervinientes desconocen legítimamente la extinción del poder puede mantenerse la validez del acto celebrado.

En consecuencia, puede afirmarse que la interpretación dominante limita el alcance del principio de apariencia jurídica, imponiendo un mayor deber de diligencia a todas las partes involucradas en actos de representación. Aunque esta línea restrictiva puede parecer menos flexible, refuerza la seguridad del tráfico jurídico, imponiendo estándares más elevados de precaución en el ejercicio y aceptación de la representación.

En último término, en este trabajo hemos ido introduciendo las ideas más relevantes de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, tanto en su versión de 2009 como en la más reciente de 2023. Podemos afirmar que estas propuestas de Reforma reflejan un esfuerzo normativo por establecer una regulación más clara, coherente y adaptada a la realidad social en lo que respecta al poder de representación y su extinción. Tal y como hemos comentado, el art. 1285 de la PMR de 2023, aborda de manera específica las diversas causas de extinción del poder, introduciendo importantes precisiones sobre figuras como el poder irrevocable, la subsistencia del poder tras la muerte del representado en el ámbito empresarial, o el efecto del concurso. Aunque esta propuesta aún no tiene rango normativo, sus contenidos ofrecen una guía orientativa sobre la evolución doctrinal y señalan posibles líneas de reforma legislativa futura.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "El poder de papá cuando papá ya había muerto", *Blog Derecho Mercantil*, 10 de marzo de 2014.

ÁVILA NAVARRO, P.: *La representación con poder (Estudio de Derecho notarial y registral)*, Civitas, Madrid, 1992.

BADENAS CARPIO, J. M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

BARBER CÁRCAMO, R.: *Una aproximación a la representación voluntaria desde sus límites institucionales*, Dykinson, Madrid, 2019.

DÍEZ PICAZO, L.: *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.:

- "La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente. A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.
- "El poder de representación extinguido y la protección de los terceros de buena fe. Consideraciones sobre la STS 19 julio 2018 (RJ 2018\4500)", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 107, 2018.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: "Comentarios a los arts. 1709-1739 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GORDILLO CAÑAS, A.:

- "Comentario a los artículos 1732-1739 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (Dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, /L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN/R. BERCOVITZ, /P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *La representación aparente*, 2^a ed., Editorial Universidad de Sevilla, 2015.

LETE ACHIRICA, J.: "La representación en Derecho de contratos. Propuestas de reforma del Derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2023.

MARIÑO PARDO, F.: "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Modificación del artículo 1732 del Código Civil: causas de extinción del mandato", *Blog Iuris Prudente*, 2021.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: "Comentario al art. 1732", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.^a P. GARCÍA RUBIO y M.^a J. MORO ALMARAZ), Aranzadi, Pamplona, 2022.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: "Comentario al art. 1732", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (Dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, Pamplona, 2021.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "El artículo 1738 del Código Civil", *Blog Derecho Mercantil*, 13 de marzo de 2014.

PRATS ALBENTOSA, L.: "Nulidad de la regulación del Archivo de Revocación Poderes", *Diario La Ley*, núm. 6996-7001, 2008.

PUIG BRUTAU, J.: "La revocación y la sustitución del poder y del mandato", en ROCA SASTRE, R. M.^a y PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho Privado*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2009.

RAMÓN CHORNET, J. C.: "El poder irrevocable", *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, Madrid, 2013.

LA RECEPCIÓN DEL DCFR EN LOS PROYECTOS Y
PROPUESTAS DE CÓDIGOS CIVIL Y MERCANTIL
ESPAÑOLES EN MATERIA DE CONTRATO DE SERVICIOS

*THE RECEPTION OF DCFR IN THE PROJECTS AND PROPOSALS
OF SPANISH CIVIL AND COMMERCIAL CODES REGARDING
SERVICE CONTRACTS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 218-245

Luis Alberto
GODOY
DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de Junio de 2025

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la presencia e influencia de las reglas sobre contrato de servicios contenidas en el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), en diversas propuestas de codificación, tanto civil como mercantil, elaboradas en los últimos diez años en nuestro país. La finalidad es comprobar y acreditar el alto grado de correspondencia que existe entre la obra unificadora y las propuestas nacionales con el fin de facilitar la interpretación y eventual aplicación de una futura legislación española sobre el contrato de servicios.

PALABRAS CLAVE: Contract, services, Common Frame of Reference, duty to inform and warning, duty to cooperate, withdrawal, non-performance, remedies.

ABSTRACT: *This paper analyses the presence and influence of the rules on service contracts contained in the Draft Common Frame of Reference (DCFR) in various codification proposals, both civil and commercial, drafted in the last ten years in our country. The aim is to verify and accredit the high degree of correspondence that exists between the unifying work and the national proposals in order to facilitate the interpretation and eventual application of a future Spanish legislation on service contracts.*

KEY WORDS: *Contracts; breach; positive interest; damage compensation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL SERVICIO.- 1. El DCFR.- A) *Contratos incluidos.- B) Contratos excluidos.-* 2. Los proyectos y propuestas de codificación.- III. EL PRECIO.- 1. La natural onerosidad del servicio.- A) *El DCFR.- B) Los proyectos y propuestas de codificación.-* 2. La información sobre el precio.- A) *El DCFR.- B) Los proyectos y propuestas de codificación.-* 3. La determinación del precio.- A) *El DCFR.- B) Los proyectos y propuestas de codificación.-* 4. El momento del pago.- A) *El DCFR.- B) Los proyectos y propuestas de codificación.-* IV. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y ADVERTENCIA.- 1. A cargo del cliente.- A) *El DCFR.- B) Los proyectos y propuestas de codificación.-* 2. A cargo del prestador de servicios.- A) *El DCFR.- B) Los proyectos y propuestas de codificación.-* V. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR O DE RESCINDIR EL CONTRATO.- 1. El DCFR.- 2. Los proyectos y propuestas de codificación.- VI. EL DEBER DE COLABORACIÓN O COOPERACIÓN.- 1. El DCFR.- 2. Los proyectos y propuestas de codificación.- VII. REMEDIOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PRESTADOR DE SERVICIOS.- 1. El DCFR.- 2. Los proyectos y propuestas de codificación.- VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La necesidad de actualizar y modernizar la ordenación normativa de las obligaciones y contratos es un hecho sobre el que apenas hay dudas, no solo en España sino también en otros países de nuestro entorno jurídico. Hasta ahora han sido varios los intentos de realizar una profunda revisión de las normas del Código civil en esta materia, siempre con la mira de poner al día una legislación que arrastra, después de más de siglo y medio de vigencia, un conjunto de omisiones y defectos que no siempre han sido convenientemente suplidos por la labor jurisprudencial.

Entre estos trabajos se encuentran, particularmente, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (CCOC), de 2009, fruto de los trabajos de la Comisión General de Codificación. Pero, casi quince años después, la propia Comisión ha visto la necesidad de revisar su propia propuesta, introduciendo cambios, a veces de gran calado, en algunas de sus previsiones iniciales. No menos ambiciosa, también, ha sido la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), de 2018, que ha redactado todo un nuevo Código civil. Junto a estas obras, merece igualmente ser tomada en consideración Propuesta del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (APL Código Mercantil), de 2018, que incorporaría, para el ámbito mercantil, toda una nueva organización y sistematización de las obligaciones y contratos.

De otra parte, si en alguna figura se percibe con meridiana claridad la necesidad de una renovación de la regulación codificada es en el contrato de servicios, ya que no solo no existe una ordenación sistemática y propia de contrato, sino que

• **Luis Alberto Godoy Domínguez**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

las escasas normas que le dedica el Código civil resultaron, desde el principio, insuficiente y, muchas veces, incluso inconvenientes o difíciles de aplicar a los constantes cambios económicos y sociales que traían consigo la aparición de nuevas fórmulas de servicios que exigían, desde entonces, una nueva regulación.

No es momento de insistir en la importancia de los servicios en el sistema económico actual y en el peso que tiene en la producción nacional, no solo española sino en todo el ámbito europeo, con cifras superiores al 70% del PIB del área UE y una medida similar en cuanto a ocupación y empleo. Bastará citar a J. Rifkin cuando afirma que “todo es un servicio” para hacerse una idea de la dimensión global de este fenómeno y de la trascendencia socio-económica que posee¹.

El propósito del presente trabajo es analizar la manera en que las propuestas y proyectos nacionales, antes citados, incorporan en su articulado las previsiones que contiene el Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR) respecto del contrato de servicio. Particularmente, en los temas o extremos que más asiduamente son objeto de interés en los estudios que se llevan a cabo en relación con el contrato de servicio: su definición; su contenido; el deber de información y cooperación de los contratantes; el cumplimiento del contrato y los remedios frente a su incumplimiento, etc.².

Podremos ver que todas las propuestas y proyectos suman a su texto numerosas disposiciones del DCFR, aunque no siempre lo hagan de la misma manera ni con similares resultados. Creemos que un análisis y exposición de estas particularidades puede contribuir positivamente a una visión más completa de la figura y de los derroteros por los que andará la futura regulación del contrato de servicio.

II. EL SERVICIO.

Una de las cuestiones capitales es saber qué servicios son los que deben caer bajo la regulación propuesta. Es decir, es necesario determinar el ámbito material del contrato, esto es, el contenido de la prestación a satisfacer al adquirente o usuario del servicio, de un lado, y la contraprestación a cargo del adquirente o, lo que es lo mismo, el abono de un importe dinerario por la prestación del servicio contratado, de otro.

¹ RIFKIN, J.: *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Paidós, Madrid, 2000, p. 48.

² En el presente trabajo no tomaremos en consideración diversos proyectos normativos sobre la materia. En concreto, el Proyecto de ley de 1994, por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obras; la Proposición de ley de 2009, de reforma del Código civil en materia de arrendamiento de servicios; y la Propuesta de 2011, de regulación de los contratos de servicios y del mandato de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación.

Por ello, es necesario, en un primer momento delimitar el ámbito de aplicación del DCFR en esta materia, distinguiendo los contratos incluidos y excluidos de su aplicación y, posteriormente, comprobar en qué medida las propuestas y proyectos de codificación en materia de derecho privado se acercan o reproducen tales modelos.

I. El DCFR.

A) Contratos incluidos.

En línea con lo expuesto, debemos destacar que la noción de servicio es sumamente amplia, ya que, en principio, comprendería cualquier actividad económica llevada a cabo de forma independiente, y a favor del cliente o contraparte, que no implique una entrega o suministro de bienes³. Esta misma concepción es la que refleja la definición del contrato de servicio plasmada en el DCFR, cuando indica que su regulación “se aplica: (I) (a) a los contratos en virtud de los cuales una de las partes, el prestador de servicios, se compromete a prestar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio; y (b) con las modificaciones oportunas, a los contratos en virtud de los cuales el prestador de servicios se compromete a prestar un servicio al cliente sin que medie el pago de un precio” (IV.C.-I:101). Así, pues, en principio, ni siquiera el carácter remunerado o gratuito de la prestación será determinante para calificar al acuerdo entre las partes como contrato de servicio o no, tal como veremos más adelante.

Asimismo, el DCFR incluye de manera expresa una serie de contratos dentro del ámbito de los servicios. En este sentido, el mismo precepto señala que “(2) Se aplica en particular a los contratos de construcción, procesamiento, depósito, diseño, información o asesoramiento y tratamiento médico”. Como puede verse, esta norma funciona como un instrumento de calificación que, ante la duda, llevará consigo la aplicación de las reglas generales en materia de contratos de servicio cuando la específica regulación de dichas figuras no contemple algún aspecto o extremo objeto de discusión⁴.

Además, desde el punto de vista conceptual, ha de admitirse el carácter residual de la noción de servicio como objeto de este contrato, ya que, en general, si la obligación contraída por el suministrador no puede clasificarse dentro de un contrato de venta, un contrato de arrendamiento o un contrato laboral, se le

3 MÖSLEIN, F.: “Service contracts”, en *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (ed. por J. BASTIDON, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, and A. STIER), vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1548.

4 De hecho, en los Comentarios al DCFR se confirma la aplicación de las reglas generales a aquellas modalidades de contratos de servicios reguladas de manera particular en el propio texto, sin perjuicio de las modificaciones puntuales que se hacen por razón de sus singularidades. Cfr. VV.AA. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition (ed. a cargo de C. VON BAR, E. CLIVE y H. SCHULTE-NÖLKE), Munchen, 2009, p. 746.

considerará como un servicio o, en su caso, como una obligación *sui generis*⁵. Con ello, se pone de manifiesto el deseo de aglutinar todo el amplio y variado espectro de prestaciones de servicios, tanto civiles como mercantiles que no cuenten con una regulación propia, conocidos o que se creen en lo futuro, bajo un mismo modelo normativo, ya que, al margen de los supuestos excluidos, sería posible la aplicación analógica de esta regulación a cualquier servicio que no fuese susceptible de encajar en ninguno de los modelos particulares que se contienen en el DCFR⁶.

B) Contratos excluidos.

No entrarán dentro de la noción de contrato de servicio y, por tanto, quedan excluidos de la regulación del DCFR los contratos de transporte, seguro, constitución de garantía, así como los de suministro de productos o servicios financieros (IV.C.-I:102), la mayoría de los cuales ha venido contando con una ordenación especial en el seno del derecho de la UE⁷. De otra parte, tampoco quedan encuadrados dentro de esta categoría contractual algunas figuras que cuentan con su propia regulación en el mismo Libro IV, pero fuera del Título relativo a los servicios. Así ocurre con el mandato (Título D), y los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución (Título E)⁸.

2. Los proyectos y propuestas de codificación.

En los últimos años contamos con dos referencias básicas al contrato de servicio. De un lado, la contenida en la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Libro V, Título VIII) y, de otro, la prevista en la

5 En este sentido, LOOS, M.B.M.: "Service contracts", en *Towards a European Civil Code*, 4ª ed (ed. A.S. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK, E. DU PERRON), Wolters Kluwer, Amsterdam, 2011, p. 566.

6 V. DE BARRÓN ARNICHES, P. "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *Indret*, núm. 3, 2008, p. 6.

7 En materia de transporte existe desde hace bastante tiempo una permanente preocupación en la UE por la protección de los consumidores, cualquiera que sea la modalidad de traslado, pudiendo destacarse el Reglamento CE 261/2004, sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en los supuestos de denegación de embarque, cancelación de vuelos o gran retraso de estos. Por su parte, en materia de servicios financieros, la acción protectora también es remarcable, contando con diferentes Directivas dirigidas a la salvaguarda de los derechos de los consumidores de este tipo de productos (así, Directiva 2002/65/CE sobre la comercialización a distancia de servicios financieros; Directiva 2015/2366/UE sobre servicios de pago en el mercado interior; o la Directiva 2019/2161/UE sobre mejora y modernización de las normas sobre protección de los consumidores).

8 En caso de conflicto entre las normas generales y las específicas de las diferentes modalidades de contrato, sean de los incluidas o excluidas del Título C, prevalecerán siempre las reglas especiales en todo lo que prevean específicamente (IV.C.-I:103). Obviamente, las normas generales tendrán una función supletoria en caso de ausencia o defecto de regla particular; v. VV.AA. *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., p. 747. También, GARCÍA RUBIO, M.P.: "Modernización de los contratos de servicios: un análisis crítico del DCFR", en *La modernización del contrato de servicios* (dir. por F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 61. Este carácter supletorio no excluye las dificultades para delimitar ciertas figuras en relaciones conexas, como sucede con el mandato y el contrato de servicio, puesto que el primero podría perfectamente constituir el contenido del segundo, v. EIDENMÜLLER, H. y otros: "El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)" (trad. de B. RODRÍGUEZ-ROSADO), *Anuario de Derecho Civil*, LXII-4, 2009, pp. 1500 y 1501.

Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación (Libro V, Título III).

En la primera de ellas, podemos apreciar una reproducción casi literal de la definición generalista y omnicomprensiva que el DCFR hace del servicio⁹. En este sentido, el art. 581-I señala lo siguiente:

“Las disposiciones del presente Título son aplicables a los contratos por los que una de las partes, el prestador, se obliga a prestar un servicio a la otra, el principal, a cambio de una retribución. Son igualmente aplicables, en cuanto lo permita su naturaleza, a los contratos por los que el prestador preste sus servicios de forma gratuita”.

Como puede observarse, la similitud con la disposición IV.C.-1:101 DCFR es prácticamente total, de manera que también es factible sostener que la *Propuesta APDC* opta por un sentido abierto y amplio de los servicios que pueden ser objeto de este tipo de contratos.

Por su parte, la *Propuesta APL Código Mercantil* se ciñe a lo que denomina “contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales”. La definición empleada limita su ámbito subjetivo al campo mercantil, en cuanto exige que el prestador sea o tenga la consideración de empresario y no contempla la posibilidad de un servicio gratuito:

“Por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-3 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra parte, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pudiendo obligarse o no a la obtención de un resultado”.

En términos generales plantea un concepto amplio de servicios y, aunque regula ciertas modalidades específicas (contratos para las comunicaciones electrónicas, contratos publicitarios y el contrato de admisión a subasta pública), se ha considerado ciertamente exorbitante, con el riesgo de reducir la claridad que exige la seguridad jurídica y añadir mayor confusión por la disparidad de modelos contractuales con regulación particular¹⁰. Ninguno de los dos instrumentos hace exclusiones concretas de determinados servicios, tal como sí lo hace el DCFR,

9 Una reflexión crítica sobre los problemas que puede acarrear ese exceso de generalidad puede verse en GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Modernización”, cit., pp. 97 y 98.

10 Así, OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho Privado de Los Contratos”, *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. 1, núm. 3, pp. 38 y 39. También puede v. INFANTE RUIZ, F. J.: “El contrato de servicios en siglo XXI: política legal y (re)codificación”, en *La modernización del contrato de servicios* (dir. por F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p.134.

aunque ambos regulan separadamente figuras concretas, a veces no coincidentes en una y otra propuesta. Si bien, la *Propuesta APDC* consagra expresamente la cláusula de supletoriedad de su normativa general frente a la prevalencia de las normas especiales en cada tipo contractual (art. 582-I).

III. EL PRECIO.

I. La natural onerosidad del servicio.

A) El DCFR.

Ya vimos cómo, en la definición del contrato de servicios, el DCFR incluía tanto los servicios remunerados como los prestados gratuitamente. Sin embargo, lo cierto es que, conforme a la tradición jurídica, estos contratos son naturalmente onerosos, particularmente cuando quien lo presta es un empresario o profesional que, por lo general, será la mayoría de las ocasiones. Así lo recoge el propio DCFR cuando en su disposición IV.C.-2:101 establece que “cuando el prestador de servicios es un empresario o profesional el contrato se presume oneroso, salvo indicación en contrario”.

No obstante, esta afirmación no deja de establecer meramente una presunción pues cabe acordar la gratuidad de la prestación. Ahora bien, para que el servicio tenga carácter gratuito será necesario pactarlo expresamente, ya que, en otro caso, esto es, ante el silencio de los contratantes, habrá de entenderse que debe ser remunerado, incluso cuando el importe concreto, o su forma de determinarlo, no se haya manifestado de forma expresa en el contrato, principalmente porque el DCFR parece estar pensando en una relación entre un empresario o profesional y un consumidor¹¹.

Otra lectura del precepto atiende a que la norma no se refiere tanto a la gratuidad del servicio como a que no se preste a cambio de un precio, sino de otro beneficio distinto del dinero, como podría ser el acceso a información personal o la cesión de datos del cliente, en cuyo caso la contraprestación tiene igualmente naturaleza patrimonial más allá de la protección constitucional de tales derechos¹².

B) Los proyectos y propuestas de codificación.

En nuestro país, la *Propuesta APDC* reproduce el carácter presuntivo de la remuneración, al indicar, como regla general, que el contrato se presume

11 VV.AA. *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., p. 748.

12 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Modernización”, cit., pp. 71 y 72. Sobre la evolución hacia un modelo general de onerosidad en los contratos de servicios específicos, v. COBACHO GÓMEZ, J. A.: “De la gratuidad a la onerosidad en los contratos de servicios regulados por el Código Civil”, en *Estudios de Derecho de Contratos* (dir. por A.M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022, pp. 189 y ss.

retribuido: “El contrato de servicios se presume retribuido. Salvo pacto en contrario, se entienden incluidas en la retribución las expensas derivadas de la prestación del servicio” (art. 582-2.1). Así pues, confirma la posibilidad de que, mediante pacto, el cliente quede exonerado del abono de cantidad alguna por la recepción del servicio contratado. Sin embargo, incluso en estos casos, el receptor deberá satisfacer el importe de los gastos derivados de la gestión, a no ser que también hayan sido excluidos. En este sentido, el art. 582-2.4 declara que “si la prestación del servicio es gratuita, el principal debe abonar al prestador las expensas derivadas de la ejecución, salvo pacto en contrario”.

Con ello parece haber dos niveles de gratuidad: uno, que comprendería la exención de remuneración por el servicio prestado, pero que no eximiría del pago de los gastos que genera la ejecución del servicio; y otro, que abarcaría tanto la remuneración o ganancia del prestador del servicio como los gastos que conlleva dicha prestación. En ambos casos será siempre necesario que conste expresamente o, al menos, se deduzca sin género de dudas del acuerdo celebrado entre las partes¹³.

La *Propuesta APL Código Mercantil* no hace ninguna alusión a la posibilidad de que la prestación fuese gratuita. El carácter mercantil de la prestación parece excluir cualquier posibilidad de gratuidad. De hecho, establece reglas para facilitar la determinación del precio del servicio en caso de que no se hubiera pactado nada al respecto (el valor de mercado para prestaciones iguales o análogas a las del contrato) (art. 531-5).

A pesar de ello, el silencio del texto no tiene necesariamente que interpretarse como impeditivo de los servicios gratuitos en el ámbito mercantil, ya que la naturaleza dispositiva de estas normas debería permitir que las partes eliminasen la obligación de pago o, al menos, que la retribución no fuese dineraria¹⁴.

2. La información sobre el precio.

La información precontractual sobre el precio que debe abonar el cliente es un elemento fundamental de la relación, principalmente porque los servicios son, en general, mucho más difíciles de comparar y determinar que los bienes. Por ello, la preocupación constante del Derecho de la UE por garantizar al receptor

13 SOLE RESINA, J.: “La reforma del contrato de servicios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, núm. 158, 2020, pp. 199 y 200, estima que el contrato de servicios es esencialmente oneroso, pudiendo acordarse como precio ya una cantidad de dinero, ya otras cosas, así sean bienes materiales u otras prestaciones de hacer o no hacer siempre que tengan valor patrimonial. Pese a la escasa importancia de los servicios gratuitos, aboga de *lege ferenda* por una regulación de estos contratos que admita su posible gratuidad por las ventajas que reportaría la unificación de criterios con otros contratos como el depósito o el mandato.

14 No obstante, debe señalarse que la Exposición de Motivos de la *Propuesta APL Código Mercantil*, en su apartado VI-72 considera un aspecto esencial del contrato la retribución del prestador.

del servicio el suministro de una adecuada información sobre cuánto le costará la obtención de esta prestación¹⁵.

A) *El DCFR.*

Sin embargo, la regulación del DCFR en el contrato de servicios no contempla una disposición específica que obligue al prestador a facilitar esta información, lo que no impide que se encuentre liberado de dicho deber ya que, en aplicación de las reglas generales del Libro II, vendrá obligado a trasladar al cliente todo lo concerniente al precio y costes adicionales del servicio¹⁶.

B) *Los proyectos y propuestas de codificación.*

En general, las propuestas analizadas tampoco prevén una regla concreta sobre el deber del profesional de informar al cliente respecto del precio del servicio contratado. Sin embargo, sí encontramos alguna norma de alcance general en la que se impone al prestador del servicio la obligación de informar al otro contratante sobre el contenido económico de su relación.

En este sentido, la *Propuesta APDC* contempla el deber precontractual del empresario de facilitar al cliente la información suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas (art. 528-5. Deberes precontractuales de información). Esta disposición se encuadra dentro de la regulación de los contratos con consumidores y remite expresamente al art. 60.2 del TR-LGDCU de 2007, cuyo apartado c) impone el deber de informar sobre todo lo relativo al precio del bien o servicio ofertado al consumidor o usuario.

Parece razonable que, aun cuando el contrato no se celebre con consumidores, deba cumplirse igualmente con este deber, en particular si, tal como prevé el propio DCFR, el profesional comercializa sus servicios a través de comunicaciones comerciales que deban tener toda la información necesaria para tomar una decisión, o si se trata de transacciones que sitúan al cliente en una desventaja informativa particular¹⁷.

15 MÖSLEIN, "Service contracts", cit., p. 1550, señala diversos ejemplos de directivas comunitarias que imponen la obligación del profesional de facilitar toda una información completa sobre el precio al cliente; en particular, en el ámbito de los servicios, el art. 22 de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

16 DCFR II.-3:107: Información acerca del precio y los costes adicionales: (I) En los casos en los que, en virtud de lo establecido en el presente Capítulo, una parte deba facilitar información acerca del precio, este deber no se considerará satisfecho a menos que la información facilitada: (a) incluya los datos relativos a cualquier consignación, gastos de transporte y cualquier impuesto o tasa que pueda no estar incluida en el precio general; (b) cuando no se pueda indicar un precio exacto, la información mostrará la base de cálculo de forma que permita al consumidor comprobar el total, y (c) si el precio se abona en varios plazos, se incluirá la información relativa al calendario de pagos.

17 V. Loos, M.B.M.: "Service contracts", *SSRN Electronic Journal*, January 2010, p.10.

3. La determinación del precio.

A) El DCFR.

El establecimiento o fijación del precio del contrato es también un aspecto de gran relevancia. Muchas veces, debido al tipo de servicio prestado, resulta imposible determinarlo al inicio del contrato, e incluso puede darse la situación de que, hasta la conclusión o finalización del servicio, no pueda saberse con exactitud el importe o coste del mismo (pensemos, por ejemplo, en una intervención quirúrgica o en la reparación de un bien cuya causa no pueda determinarse hasta su terminación)¹⁸.

Lo cierto es que, sea como fuere, el precio, aun ignorado al tiempo de la formación del contrato o durante su ejecución, debe existir y ser cierto, esto es, debe quedar determinado o ser susceptible de determinación sin necesidad de un nuevo acuerdo¹⁹.

Por ello, aunque las partes no puedan establecer inicialmente el precio del servicio, esto no significa que no haya contrato, sino que para su fijación se aplicarán las previsiones generales del DCFR, que contemplan fundamentalmente las reglas de la “habitualidad y de la ‘razonabilidad’”²⁰, lo que podrá dar lugar a que se establezca un precio fijo o un precio que deba determinarse sobre la base de una tarifa general²¹.

B) Los proyectos y propuestas de codificación.

En general, las propuestas estudiadas reproducen la misma idea que el DCFR, con alguna salvedad, como veremos. Así, la *Propuesta APDC* contempla la posibilidad de que la retribución del servicio se determine, total o parcialmente, en cualquier forma, ya sea un tanto alzado, ya se fije por referencia a fracciones de servicio o unidades de tiempo o conforme a cualquier otro criterio acordado por las partes (art. 582-2). Igualmente, en los casos en que la retribución no se encuentre establecida en el contrato, ni tampoco se contengan los criterios para determinarla, se abonará la retribución generalmente cobrada por la prestación

18 Señala GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Modernización”, cit., p. 71, que esta inicial indeterminación se dará sobre todo en contratos de servicios destinados a tener cierta duración con más frecuencia que en los de venta o intercambio de mercancías.

19 En este sentido, SOLÉ RESINA, “La reforma del contrato de servicios”, cit., p. 201.

20 DCFR II.9-:104: “Determinación del precio: En los casos en los que el precio que se debe pagar en virtud de un contrato no se pueda determinar en base a las cláusulas acordadas por las partes, a otra disposición legal o a los usos o prácticas habituales, el precio que se ha de abonar será el habitual en circunstancias similares al tiempo de la celebración del contrato y, en caso de no resultar disponible, un precio razonable”.

21 LOOS, M.B.M.: “Service contracts”, cit., p. 10. El criterio del DCFR se aparta del contemplado en los PEL SC, que atiende fundamentalmente al precio de mercado practicado generalmente al tiempo de la celebración del contrato (Art. 1:102).

de un servicio similar al tiempo de la ejecución del contrato y, en caso de no poder establecerse, la que resulte razonable (art. 582-3). Se combina así tanto el precio habitual de mercado, como criterio preferente, con el principio de razonabilidad, con carácter subsidiario.

Por su parte, la *Propuesta APL Código Mercantil* incorpora, de manera más escueta, el criterio del valor de mercado para prestaciones iguales o análogas a la pactada, si el precio del servicio no hubiera quedado establecido en el contrato. Advirtiendo, además, que en estos casos no podrá exigirse su abono hasta que el servicio no se haya efectivamente prestado. También contiene una remisión al uso o costumbre cuando se trate de servicios que, por prestarse de manera continuada, deban ser abonados periódicamente. En caso de que dichos plazos no hubieran sido convenidos, deberá pagarse en los que resulten habituales para esa clase de servicios (art. 531-5).

Conviene resaltar que la *Propuesta de Modernización CCOC*, tanto en su versión de 2009 como en la más reciente de 2023, contiene una disposición concreta en esta materia, si bien, de aplicación general para todos los contratos, sean o no de servicios, en cuya virtud la ausencia del precio, e incluso el silencio sobre el modo de determinarlo, no impiden la existencia del contrato siempre que conste la voluntad de las partes celebrarlo y aquél se entienda implícito en su acuerdo²².

4. El momento del pago.

La determinación del momento en que el servicio ha de ser satisfecho es algo que, inicialmente, queda a la entera disposición y voluntad de las partes, que podrán establecer cualquier previsión sobre cuándo o durante cuánto tiempo ha de efectuarse el abono de los servicios recibidos. Sin embargo, puede suceder que no se haya previsto nada al respecto, bien porque no lo hayan querido, bien porque la fijación del momento del pago dependa de circunstancias o hechos que, cuando se celebra el contrato, aún no han tenido lugar. Por ello, conviene tomar en cuenta las reglas que se establecen para facilitar la determinación del tiempo en que ha de ser cumplida la obligación de pago.

A) El DCFR.

Este aspecto está contemplado en el DCFR III.-2:102, donde se establece que, si del contenido del acuerdo no puede inferirse el tiempo o plazo en que

22 COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2023, p. 105: "Artículo 1239: Determinación del precio u otra cláusula del contrato: 1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan fijado el precio ni el modo para su determinación, ni este resulte de la ley o de los usos aplicables, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tener por concluido el contrato y que pueda entenderse implícitamente convenido el precio generalmente practicado". La misma previsión se contenía en el art. 1.277 de la versión de 2009.

debe llevarse a cabo el pago del servicio, este deberá efectuarse en un plazo de tiempo razonable desde que nazca el contrato. La “razonabilidad” del plazo es una cuestión fáctica que dependerá de variados factores (naturaleza de los bienes, tipo del servicio, etc.). Pero, tratándose de una obligación dineraria, no parece procedente que deba ser cumplida antes de cuantificarse su importe o, incluso, de que se haya emitido una factura²³.

La aplicación del criterio de “razonabilidad” puede resultar problemático cuando en el contrato se ha acordado un precio fijo, especialmente en los contratos en que el prestador del servicio necesita un largo periodo de tiempo para completar su obligación. En tales casos, atendido que el plazo “razonable” se debe calcular a partir del momento de celebración del contrato, podría darse la situación de que el cliente se vea obligado a pagar por el servicio mucho antes de que este se culmine, eliminando con ello la posibilidad de retener el precio o parte de él, si el servicio prestado resulta defectuoso²⁴.

B) Los proyectos y propuestas de codificación.

En este punto encontramos ciertas diferencias entre las propuestas y proyectos nacionales y el DCFR. Así, consideramos que la *Propuesta APDC*²⁵ resulta más clara que el DCFR en cuanto ha preferido huir de los problemas que podría generar la incertidumbre provocada por el criterio de la razonabilidad, a la hora de fijar el momento del pago, y establecerlo después que el servicio se haya prestado, concretamente, la Propuesta exige que el servicio se haya completado (art. 582-7.1).

Por tanto, en ausencia de previsiones específicas de las partes, el pago solo sería exigible una vez el servicio haya terminado de prestarse, lo que parece demandar también que el cliente lo haya recibido por entero. La forma de determinar si el servicio se ha completado o no dependerá de si se compromete o no un resultado específico. En el primer caso, el servicio se habrá culminado cuando se haya conseguido el resultado pactado. En caso contrario, es decir, si no se ha comprometido un resultado específico, el servicio se entenderá completado cuando se realice enteramente la prestación convenida, sin perjuicio de que pueda

23 Cfr. los Comentarios al DCFR en VV.AA. *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., pp. 331 y 332.

24 Loos, M.B.M.: “Service contracts”, cit., p. 10. De ahí que el mismo DCFR prevea, para determinadas figuras contractuales de servicios, una regla especial sobre el derecho del cliente a retener la parte del precio que resulte razonable hasta la finalización de la prestación (DCFR IV.C.-3:107 (2) para el contrato de construcción; y DCFR IV.C.-4:106 (2) para el contrato de transformación).

25 “Artículo 582-7. Abono de la retribución: 1. Salvo pacto o uso en contrario, el principal debe abonar la retribución una vez que el servicio se ha completado. 2. Si el prestador no compromete un resultado específico, se entiende el servicio completado cuando se realiza enteramente la prestación convenida, sin perjuicio de que pueda condicionarse el pago de la retribución a la consecución de determinados objetivos. 3. Si el prestador debe lograr un resultado, se entiende el servicio completado cuando se consigue”.

condicionarse el pago de la retribución a la consecución de objetivos determinados. (art. 582-7.2 y 3).

La *Propuesta APL Código Mercantil*, reitera también la necesidad de que los servicios se hayan prestado, es decir, la prestación a cargo del proveedor del servicio haya concluido, siempre y cuando las partes no hubieran estipulado otra cosa. Además, de forma análoga a lo que sucede en los PEL SC y DCFR, plantea la posibilidad, para los contratos de duración prolongada, de que los pagos deban hacer periódicamente. Cuando dichos plazos no hubieran sido establecidos por las partes, se deberá acudir a lo que resulte usual para el tipo de servicio prestado²⁶.

IV. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y ADVERTENCIA.

La preocupación por el hecho de que la prestación del servicio contratado responda a las expectativas e intereses de ambas partes ha sido profundamente sentida en los textos europeos. Tanto los PEL SC, en su momento, como el DCFR después se han encargado de establecer especiales deberes de información a cargo de uno y otro contratante para garantizar la necesaria comunicación que debe existir entre los mismos a fin de lograr una exacta satisfacción de las expectativas jurídicas y económicas generadas por el contrato. De otro lado, los proyectos y propuestas de codificación nacionales que venimos tratando también establecen un conjunto de deberes de idéntico signo, en gran medida, como veremos, reproduciendo los criterios y reglas del DCFR en la materia. Conviene exponer por separado estos deberes según que se refieran al cliente o al prestador del servicio.

I. A cargo del cliente.

A) El DCFR.

En ocasiones el cliente deberá acomodar sus deseos y perspectivas a unos resultados estandarizados, con independencia de si satisfacen o no sus pretensiones, ya que se tratarán de servicios homogéneos prestados para una masa indiferenciada de ciudadanos. Pero, en otras muchas ocasiones, el servicio a recibir debe adaptarse a las particulares necesidades o deseos del cliente, que deberá indicar de qué manera el proveedor o prestador del servicio debe llevarlo a cabo. En estos casos, será conveniente que el primero provea a este último de la información necesaria e imprescindible para lograr el objetivo buscado con el contrato. A dicha cuestión se dedica, bajo la rúbrica "Indicaciones del cliente", la

26 "Artículo 531-5: 1. La retribución, a falta de pacto, se determinará con arreglo al valor de mercado para prestaciones iguales o análogas a las pactadas y será exigible una vez que el servicio se haya prestado. 2. Si los servicios tuvieran carácter continuado, la retribución será exigible en los períodos convenidos y, no habiéndose determinado éstos, en los que resulten usuales para esa clase de servicios".

regla IV.C.–2:107 del DCFR. Lo previsto en esta disposición debe completarse con lo establecido en los preceptos IV.C.–2:108 (Obligación contractual del prestador del servicio de advertir al cliente) y IV.C.–2:109 (Variación unilateral del contrato de servicios), cuya combinación ofrece un rico juego de equilibrios en relación con las responsabilidades derivadas de un eventual incumplimiento de las instrucciones impartidas.

Por lo común, las indicaciones deberán transmitirse a la celebración del contrato, pero puede ocurrir que la exacta delimitación de las necesidades del cliente se produzca posteriormente, según el mismo servicio se va prestando, pudiendo impartir instrucciones a lo largo de la ejecución del contrato.

Puede suceder, incluso, que las instrucciones no estén referidas a meros gustos o deseos del cliente, sino que resultan imprescindibles para que el profesional lleve a cabo su actividad adecuadamente. En estos casos, no podrá contemplarse como una simple prerrogativa o facultad del cliente, sino que estaremos en presencia de una concreta obligación nacida en virtud del deber de colaboración previsto en DCFR IV.C.–2:103 (I) (b)²⁷.

El incumplimiento de esta obligación facultará, en su caso, al prestador del servicio para suspender la ejecución del contrato, o bien para ejecutarlo según las expectativas, preferencias y prioridades que quepa razonablemente suponer que tiene el cliente, dadas la información e indicaciones recabadas. Además, si a consecuencia de esa falta de colaboración, el servicio prestado se encarece o su prestación se dilata en el tiempo más allá de lo previsto o acordado, el prestador podrá reclamar indemnización por los daños que hubiera sufrido a consecuencia de ese incumplimiento, o bien solicitar una modificación del plazo acordado para la prestación del servicio²⁸.

Obviamente, si las instrucciones e indicaciones impartidas por el cliente se encuentran dentro del concreto marco delimitado por el precepto, el prestador del servicio viene obligado a cumplirlas. Esto se traducirá en la liberación de responsabilidad a su cargo, por la no obtención del resultado esperado, o porque se produzca un daño o menoscabo para el cliente (IV.C.– 2:107 (2)), siempre y cuando la falta de obtención del resultado o el perjuicio sean consecuencia directa de las instrucciones dadas por el cliente y, previamente a su ejecución, el prestador del servicio le hubiera hecho las correspondientes observaciones y advertencias

27 DCFR IV.C.–2:103: “Obligación de colaboración: (I) La obligación de colaboración exige, en concreto: ... (b) que el cliente proporcione indicaciones relativas a la prestación del servicio si se consideran razonablemente necesarias para que el agente cumpla las obligaciones previstas en el contrato”.

28 V. Loos, M. B. M.: “Service contracts”, cit., pp. 12 y 13.

sobre los riesgos que entrañan las indicaciones impartidas, de acuerdo con lo previsto en VI.C.–2:108 DCFR, según vimos²⁹.

B) Los proyectos y propuestas de codificación.

Las propuestas españolas son receptoras del diseño establecido en el DCFR sobre la necesidad de informar al proveedor del servicio de cuanto sea necesario para la correcta ejecución del contrato y la satisfacción de las expectativas razonablemente esperadas por cada parte.

Así, la *Propuesta APDC* recoge en el art 582-9 los deberes precontractuales de información del principal. En línea con las reglas del DCFR se establece la obligación del cliente de comunicar al prestador del servicio todo hecho que pueda influir decisivamente en el adecuado cumplimiento del contrato. Además, el proveedor quedará exonerado de responsabilidad en caso de que no se alcance el resultado pretendido cuando ello deriva de la falta de información. Asimismo, se reconoce su derecho a ser indemnizado cuando debido a ese incumplimiento se genera un sobrecoste del servicio o una prolongación del plazo de ejecución previsto. Hasta el punto de que es posible, incluso, que el proveedor proceda a la resolución del contrato si su ejecución deviene excesivamente gravosa a consecuencia de la omisión de información.

En menor medida, la *Propuesta APL Código Mercantil* también recoge una obligación genérica a cargo del cliente de poner en conocimiento del prestador del servicio cuanto fuese necesario para el adecuado cumplimiento del contrato. No obstante, no desciende al nivel de detalle que hace la *Propuesta APDC*³⁰.

2. A cargo del prestador de servicios.

A) El DCFR.

El encargado de prestar el servicio está obligado también a informar y advertir a su cliente no solo de los riesgos y peligros que entrañan sus indicaciones, sino además de todas aquellas circunstancias o aspectos relevantes que pudieran tener una incidencia negativa en los intereses del cliente. Este deber de advertencia existe tanto antes de celebrar el contrato (DCFR IV.C.– 2:102: Deberes precontractuales de advertir), como durante la ejecución del mismo.

29 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Modernización”, cit., p. 83, critica la cuestionable exhaustividad del texto del DCFR en este punto, considerando que el “abigarramiento de reglas relativa a estos y otros deberes es tal que da la impresión de que algunos incluso, se superponen y hasta colisionan entre sí”.

30 “Artículo 531-3. Obligaciones del ordenante del servicio. El ordenante deberá proporcionar al prestador del servicio cuanta información fuere precisa para el adecuado cumplimiento de aquél, así como colaborar con él cuando fuere necesario para poder prestar el servicio”.

Evidentemente, la obligación contractual de advertir es más amplia que la precontractual, pues durante la ejecución del contrato, el prestador de servicios examinará la información desde una perspectiva más real, derivada de tener que ejecutar materialmente el servicio, pudiendo detectar o constatar otros riesgos que no pudieron ser evaluados antes, es decir, en la fase precontractual.

Esto se traduce en que el prestador del servicio debe poner en conocimiento del cliente la probabilidad de que, de seguir las instrucciones de este último, el resultado buscado no se alcanzaría, o que se provocaría un incremento de los costes y del precio o una prolongación del plazo de ejecución.

En cualquier caso, el cumplimiento de este deber solo se hará efectivo si el cliente realmente comprende la observación o advertencia que el prestador del servicio le traslada. Por ello, el agente debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el cliente entiende el contenido de la advertencia (DCFR IV.C.– 2:108 (2)). No es imprescindible que se haga por escrito, valdría igualmente una advertencia en forma oral con tal que el destinatario tenga un conocimiento cabal de los riesgos sobre los que se le informa³¹. Sin embargo, no será necesario advertir al cliente de aquellas cuestiones o extremos que ya conoce o de los que está informado por otros medios. Ni tampoco de todo aquello que razonablemente cabe esperar que supiese³².

Si, cumplido por el prestador de servicios el deber de advertencia, sus observaciones son obviadas por el cliente, aquel está obligado a ejecutar el contrato según las previsiones contenidas en el mismo, o las indicaciones impartidas por el interesado. De materializarse alguno de los riesgos sobre los que advirtió, con perjuicio para el cliente, el prestador quedará exento de responsabilidad.

B) Los proyectos y propuestas de codificación.

La *Propuesta APDC* reproduce en lo esencial el esquema de información precontractual diseñado en el DCFR. En este sentido, el art. 582-8 establece la obligatoriedad de dicha información cuando el cliente es un consumidor. También contempla el deber de advertir de los riesgos que el principal o cliente desconozca y que razonablemente no debiera conocer, en la medida que se hayan puesto de manifiesto para el prestador del servicio y que, al igual que dispone el DCFR, puedan suponer que no se alcance el resultado pretendido o que se perjudiquen otros intereses del cliente. También, al igual que en el DCFR, el cumplimiento de este deber conlleva la exoneración de responsabilidad del profesional o prestador del servicio.

31 Loos, M. B. M.: "Service contracts", cit., p. 14.

32 DCFR IV.C.– 2:108 (3): "La obligación de advertir recogida no es aplicable si el cliente: (a) ya conoce la existencia de los riesgos; o (b) es razonable suponer que los conoce".

Merece destacar que, en materia de prueba del cumplimiento de este deber, la *Propuesta APDC* contiene una innovación respecto del DCFR, pues este último guarda silencio al respecto de a quién incumbe soportar dicha carga, de manera que cada parte deberá probar su diligencia en el cumplimiento de esta obligación. Sin embargo, la *Propuesta APDC* traslada la carga de la prueba al prestador del servicio quien deberá demostrar haber cumplido con este deber.

Por su parte, la *Propuesta APL Código Mercantil* resulta parca en este punto, limitándose otra vez a indicar el deber del prestador de servicios de seguir las instrucciones razonables recibidas del ordenante (art. 531-2.2).

En síntesis, tanto cuando el deber de informar se proyecta sobre el cliente como sobre el prestador del servicio, lo cierto es que son el resultado de la materialización del deber de buena fe contractual, que constituye un principio fundamental en el Derecho europeo de los contratos³³.

Con el mismo espíritu, la *Propuesta de Modernización CCOC* (2023) regula este deber de información a través de la sanción de su incumplimiento con la anulación del contrato y la indemnización de daños³⁴, así como declarando la exoneración de responsabilidad de quien provoca error en la otra parte a consecuencia de una información incorrecta siempre y cuando no haya actuado dolosamente³⁵.

V. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR O DE RESCINDIR EL CONTRATO.

I. EL DCFR.

En relación con la información que las partes deben suministrarse recíprocamente, se encuentra la posibilidad de que cualquiera de las partes proceda a introducir modificaciones o alteraciones en el contenido del contrato; y en ciertos casos incluso proceder a apartarse voluntariamente del mismo.

La modificación contractual está prevista en DCFR IV.C.-2:109, que la configura como una facultad unilateral a favor tanto del cliente como del prestador del

33 En este sentido, DE BARRÓN ARNICHES, P.: "El contrato de servicios y la Propuesta de Modernización del Código Civil Español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2134, 2011, p. 5. También, GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Modernización", cit., p. 84.

34 "Artículo 1243: Incumplimiento del deber precontractual de informar Si una parte no transmite a la otra la información precontractual exigida por la ley o por la buena fe o le transmite una información incorrecta en la que la otra pueda confiar, la parte perjudicada tiene derecho a anular el contrato y a exigir indemnización de daños, según lo previsto en las Secciones Segunda y Cuarta del Capítulo VII de este título".

35 "Artículo 1304: Exoneración de responsabilidad en caso de información incorrecta Salvo que la ley disponga otra cosa, la parte contratante que hubiera transmitido una información incorrecta que hubiese provocado error en la otra, podrá exonerarse de responsabilidad probando que tuvo razones suficientes para creer que la información transmitida era correcta".

servicio, particularmente cuando la decisión de variar el contenido del contrato deriva de las indicaciones o advertencias dadas por una parte a la otra³⁶.

En todo caso deberá tratarse siempre de cambios razonables, esto es, que sean proporcionados y adecuados en función de la indicación o advertencia efectuada. No podrá utilizarse para introducir cambios en el contrato que no estén justificados a la vista de las instrucciones impartidas o de las observaciones hechas.

Por otro lado, también puede suceder que, a la vista de las indicaciones o advertencias formuladas, alguna de las partes no desee continuar con el contrato. En tales casos es posible acudir al expediente de la rescisión que, como mecanismo de extinción unilateral del contrato, está prevista expresamente en beneficio del cliente (DCFR IV.C.-2:111), pero no así para el prestador del servicio. No obstante, este podrá apartarse voluntariamente del contrato con base en la aplicación del principio de buena fe y de lealtad negocial³⁷. Sería admisible, entonces, la rescisión del contrato por causa justificada y sin obligación de indemnizar, siempre que concurra un motivo grave y excepcional³⁸.

En caso de que quien decida poner fin al contrato sea el cliente, podrá hacerlo en cualquier momento con tal que se lo comunique a su proveedor. Será necesario verificar si esta decisión está o no justificada ya que, en el primer caso, no tendrá que abonar ninguna indemnización, mientras que en el segundo deberá indemnizar los daños y perjuicios que cause con ello. Según el precepto citado, estará justificada cuando la posibilidad de extinguir el contrato por voluntad del cliente esté prevista en el contrato. En otro caso, las otras posibilidades que contempla el texto son la resolución por incumplimiento y la extinción de los contratos de duración indefinida cuando se haga el preaviso con la suficiente antelación (DCFR III.-1:109 (2)).

2. Los proyectos y propuestas de codificación.

Los textos nacionales presentan en este ámbito una variada gama de posibilidades, ya que al igual que sucede con el DCFR se prevé la posibilidad de introducir variaciones en el contrato y también la de ponerle fin de manera unilateral. No obstante, el alcance de una y otra posibilidad difiere según el texto que analicemos.

36 Tal como afirma GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Modernización”, cit., p. 87, la posibilidad de modificar *ex post* el contenido del acuerdo constituye, desde la concepción tradicional del contrato, una excepción al principio general de *pacta sunt servanda*.

37 DCFR III.-1:103 (Buena fe contractual): “(1) Toda persona debe actuar de acuerdo con el principio de buena fe en el cumplimiento de una obligación, (...) en el ejercicio del derecho a resolver una obligación o relación contractual”.

38 Loos, M. B. M.: “Service contracts”, cit., p. 14.

Así, la *Propuesta APDC* contempla expresamente la posibilidad de que deban introducirse en el contrato variaciones necesarias, no previstas inicialmente, y originadas de forma sobrevenida por razón de exigencias normativas o del respeto a los derechos de terceros. Cuando estos cambios conlleven una alteración sustancial del presupuesto inicial o de la prestación comprometida, se le reconocer al prestador del servicio el derecho a extinguir el contrato. Ahora bien, si la variación del contenido del contrato se debiera al incumplimiento por el prestador de su obligación de informar o advertir al cliente, o a la falta de diligencia en el desempeño de su cometido, el cliente tiene derecho a reajustar los importes a abonar o, a su elección, a la resolución del contrato, en ambos casos con derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos (arts. 582-17 y 582-18).

En, lo tocante al desistimiento, a diferencia del DCFR, la *Propuesta APDC* contempla explícitamente este derecho tanto para el principal o cliente (art. 582-21) como para el prestador del servicio (art. 582-22). Cualquiera de ellos podrá poner fin al contrato, pero por distintas causas y motivos. Así, el cliente puede por su sola voluntad dar por terminado el contrato indemnizando al prestador del servicio los perjuicios que pudiera haberle ocasionado. Esta prerrogativa no está vinculada ni a la duración del contrato ni a ninguna otra circunstancia y es independiente del derecho de desistimiento del consumidor o de cualquier otro que le reconozca el Derecho. Sin embargo, el prestador del servicio no puede por su sola voluntad apartarse del contrato, a no ser que se trate de un contrato de duración indefinida, o bien de un servicio no retribuido.

Por lo que se refiere a la *Propuesta APL Código Mercantil*, contempla el derecho de desistir del contrato de servicio solo a favor del cliente u ordenante, en parecido sentido a como lo hace el DCFR. Sin embargo, lo supedita no solo al abono del precio de los servicios ya realizados y de todos los gastos en que el prestador hubiera incurrido hasta entonces, sino también a pagar un porcentaje razonable del precio de los pactados y no llegados a realizar (art. 531-7).

La *Propuesta APL Código Mercantil* no parece cohonestarse en este extremo con el ideario de protección de los consumidores y usuarios propio de la normativa europea, amén de que una previsión de este tipo no excluiría eventualmente la aplicación de normas sectoriales o especializadas que relevaren al cliente o consumidor del abono de otras cantidades que no representen perjuicios sufridos por el prestador a consecuencia de la ruptura unilateral del contrato por el cliente.

En relación con lo anterior podemos traer a colación las previsiones contenidas en la *Propuesta de Modernización CCOC* (2023) que, en línea con lo que es usual en Derecho contractual europeo y, especialmente, en materia de protección de consumidores, prevé precisamente que, por regla general, el ejercicio del derecho de desistimiento no obligará a pagar a la otra parte indemnización o gasto alguno,

a no ser que la ley o el contrato dispongan otra cosa (art. 1.232). Es más, si el contrato es por tiempo indefinido o indeterminado, bastará la denuncia de cualquiera de las partes, hecha de buena fe y con una antelación razonable, para dar por extinguido el contrato (Artículo 1.233). No parece que, en contratos de esta naturaleza, pueda tener fácil acomodo el abono de cantidades por servicios pactados y no realizados tal como prevé la *Propuesta APL Código Mercantil*³⁹.

VI. EL DEBER DE COLABORACIÓN O COOPERACIÓN.

En términos generales la ejecución de un contrato requiere que las partes colaboren entre sí para obtener el resultado pretendido. La cooperación, especialmente cuando no se trata de contratos de ejecución instantánea, sino que se prolongan más o menos en el tiempo, no solo es conveniente, sino que llega a ser imprescindible. Esto es lo que sucede en el ámbito de los contratos de servicios cuya prestación debe adaptarse (y, en ocasiones, también readaptarse) a las necesidades e intereses del cliente para facilitar y obtener la plena satisfacción de sus expectativas. La colaboración entre las partes no solo es necesaria para simplemente asegurar el cumplimiento de lo pactado, sino también para llevar a buen término el contenido sustantivo de la relación⁴⁰.

I. EL DCFR.

Por ello, el DCFR se encarga de regular este deber en dos niveles. De un lado, en el marco de las disposiciones generales para todo tipo de obligaciones (DCFR III.-1:10. Cooperación); de otro, en el marco específico de los contratos de servicio (DCFR IV.C-2:103). Asimismo, el deber de colaboración se configura de manera recíproca, incumbiendo por ello a las dos partes del contrato, aunque de forma asimétrica ya que su extensión para uno y otro contratante no es la misma.

Respecto al cliente, el deber de cooperación le impondrá la obligación de responder a las solicitudes que le haga el prestador del servicio en relación con la información que razonablemente necesita para adaptar su actividad a las pretensiones de aquel servicio (DCFR IV.C-2:103 (1) (a), (b) y (c)). En ciertos casos, incluso, este deber no será meramente accesorio, sino que será un elemento sustancial del contrato. De ahí que la falta de cumplimiento del deber de cooperación pueda provocar distintas consecuencias. En principio, el DCFR sanciona este incumplimiento autorizando al prestador del servicio a suspender la ejecución del contrato o, en su caso, a actuar según lo que razonablemente cabe esperar en atención a las circunstancias en que se haya venido desarrollando;

39 La *Propuesta de Modernización CCOC de 2023* corrige en gran medida la compleja ordenación que la versión de 2009 hacía del desistimiento, que dificultaba enormemente su entendimiento y aplicación: cfr. DE BARRÓN ARNICHES, P.: "El contrato de servicios y la Propuesta de Modernización del Código Civil Español", cit., p. 11.

40 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Modernización", cit., p. 88.

pudiendo incluso solicitar la indemnización procedente en caso de encarecimiento del servicio o una prolongación del tiempo durante el cual deba ser prestado servicio (DCFR IV.C-2:103 (2) y (3)).

Estas soluciones no descartan que, de resultar imprescindible la colaboración del cliente, el profesional pueda instar la resolución contractual por incumplimiento esencial, con base en las normas generales (DCFR III.-3:502).

Por lo que hace al prestador del servicio, el DCFR le impone el deber de facilitar al cliente la comprobación de si el contrato se está cumpliendo de acuerdo con las indicaciones e instrucciones impartida (DCFR IV.C-2:103 (1) (d)). Se configura como una suerte de “derecho de inspección” del cliente sobre la ejecución del trabajo o actividad en que consiste el servicio, que le va a permitir anticiparse a una eventual falta de conformidad, evitándola mediante la impartición de nuevas indicaciones o instrucciones, o aclaraciones y correcciones de las ya impartidas. La ventaja de esta prerrogativa reside en eludir los problemas y conflictos que surgirían a causa de una incorrecta ejecución del contrato puesta de manifiesto una vez finalizado el servicio, ya que entonces un posible vicio o defecto no solo es mucho más difícil de descubrir, sino también más costoso de reparar, si acaso ello es posible⁴¹.

2. Los proyectos y propuestas de codificación.

La regulación que del deber de cooperación hace la *Propuesta APDC* en materia de contratos de servicios (art. 582-10), guarda una gran similitud con las disposiciones del DCFR. En lo fundamental, lo configura como un deber recíproco, garantiza el derecho del cliente a comprobar la marcha o desenvolvimiento de la ejecución del contrato y, a su vez, protege al prestador del servicio frente a un eventual incumplimiento de este deber por el cliente, posibilitando que el profesional pueda resolver el contrato o, alternativamente, prestar el servicio conforme a la diligencia y pericia exigibles, atendiendo exclusivamente a la información e instrucciones recibidas. Además, prevé que la excesiva onerosidad de la ejecución del contrato, derivada del incumplimiento de este deber de cooperación, permite al prestador del servicio instar la resolución contractual con indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Como puede verse, la recepción de los postulados del DCFR en lo tocante al deber de colaboración es casi completa en la *Propuesta APDC*.

No sucede lo mismo con la *Propuesta APL Código Mercantil*, que solo prevé este deber de cooperación a cargo del cliente u ordenante del servicio, al disponer que

41 Loos, M. B. M.: “Service contracts”, cit., p. 16.

“el ordenante deberá proporcionar al prestador del servicio cuanta información fuere precisa para el adecuado cumplimiento de aquél, así como colaborar con él cuando fuere necesario para poder prestar el servicio”. Guarda silencio sobre un hipotético deber de colaboración a cargo del empresario o profesional, y tampoco indica de qué manera puede comprobar el cliente si el servicio está siendo prestado conforme a sus instrucciones o indicaciones.

Aunque la *Propuesta de Modernización CCOC* (2023) no regula específicamente los contratos de servicios, ni contiene una regla específica sobre el deber de colaboración, sí conviene resaltar dos alusiones significativas al respecto. De una parte, la consideración como incumplimiento de la obligación y, por extensión, del contrato, la falta de colaboración del acreedor (art. I.171.3: “También constituye incumplimiento la falta de la necesaria colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación”). De otra, en materia de indemnización de daños, el reconocimiento del derecho del deudor a ser resarcido de los que la falta de colaboración del acreedor (art. I.187.2: “El deudor también tiene derecho a ser indemnizado por los daños que le cause el incumplimiento del deber de colaboración del acreedor”).

Puede concluirse que, al igual que ocurre con los deberes precontractuales de información y advertencia, tanto la *Propuesta APDC* como la *Propuesta de Modernización CCOC* son bastante fieles al espíritu del Derecho europeo de la contratación de buscar un equilibrio entre los intereses de cliente y profesional, manifestado, en un primer momento, por los PEL-SC y, con posterioridad, por el DCFR⁴².

VII. REMEDIOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PRESTADOR DE SERVICIOS.

I. EL DCFR.

La materia relativa a los remedios aplicables en caso de incumplimiento del prestador de servicios no se regula específicamente en el Título C del Libro IV (Servicios), sino más propiamente en el Capítulo 3 del Libro III (Remedios frente al incumplimiento), que tiene vocación de generalidad y se aplica, por tanto, a las diferentes modalidades contractuales reguladas en el DCFR.

Conforme a estas normas, el cliente podrá retener su propio cumplimiento, exigir una reducción del precio o también resolver el contrato, siendo posible incluso la acumulación de remedios, siempre que no sean incompatibles entre sí; por lo que el texto declara expresamente la compatibilidad de la indemnización de los daños con otras soluciones (DCFR III.-3:102). Todo ello, siempre y cuando

42 Al respecto de esta idea de equilibrio de los intereses de una y otra parte negocial, v. DE BARRÓN ARNICHES, P.: “El contrato de servicios y la Propuesta de Modernización del Código Civil Español”, cit., p. 12.

el incumplimiento del prestador de servicios no derive de la conducta del cliente, pues en tal caso no podrá exigir reparación alguna (DCFR III.-3:101 (4)). También quedará exonerado el profesional en los supuestos de imposibilidad sobrevenida cuando se cumplen las condiciones y en las circunstancias que prevé el DCFR III.-3:104.

Es conveniente destacar que el remedio extintivo no es la primera opción que favorece el DCFR. Al contrario, el texto prefiere dar prioridad a los mecanismos de subsanación, concediendo al profesional la posibilidad de intentar un nuevo cumplimiento de su obligación en forma específica (DCFR III.-3:202). En principio parece la solución más adecuada para determinados contratos, como los de construcción o procesamiento, que permiten enmendar los errores u omisiones padecidos con más facilidad, evitándole al cliente los mayores costes económicos que representaría la búsqueda y concertación de una nueva contratación.

No obstante, el prestador del servicio no puede optar por la subsanación cuando el plazo tiene carácter esencial o si la subsanación conlleva un retraso injustificado en la ejecución del contrato, o le causa molestias inaceptables al cliente. Tampoco tendrá a su disposición este remedio si la ejecución del servicio haya sido tan mala que el cliente tenga motivos justificados para haber perdido toda confianza en las capacidades del prestador de servicios, o porque se constate que el prestador era consciente, durante la ejecución del servicio, de la falta de conformidad de este con quebranto del principio de buena fe contractual (DCFR III.-3:203 (a) a (d)).

Las consecuencias de la resolución por incumplimiento consisten fundamentalmente en la restitución de las prestaciones (DCFR III.-3:510 (1)) y, cuando ello no sea posible, se sustituirá por el abono de su valor, convirtiéndose así en una obligación pecuniaria (DCFR III.-3:510 (3) y (4)), con la ventaja de que será entonces posible la compensación de las obligaciones que recíprocamente ostente una parte contra la otra.

En ocasiones puede ocurrir que una parte del contrato se haya cumplido satisfactoriamente para ambos contratantes, principalmente en contratos de larga duración que durante un periodo de tiempo la relación ha funcionado convenientemente para las dos partes, pero con posterioridad se ha producido la frustración de los intereses o expectativas de alguna de ellas, o incluso de ambas. En estos casos es evidente que la restitución no comprenderá la parte o periodo del contrato en el que prestador y cliente han cumplido correcta y recíprocamente con las obligaciones que le incumbía a cada uno. Por lo que no habrá que restituir ni las prestaciones recibidas ni su valor dinerario⁴³.

43 Loos, M. B. M.: "Service contracts", cit., pp. 20 y 21.

2. Los proyectos y propuestas de codificación.

De entre las diferentes iniciativas consideradas en este trabajo, destaca sobre todo la *Propuesta APDC*, que contempla un conjunto de medidas, en sede de contratos de servicios, destinadas a responder frente a la falta de conformidad de la prestación recibida derivada del incumplimiento de sus obligaciones por parte del prestador del servicio contratado. Debemos reseñar que, en lo esencial, el precepto reproduce los criterios y reglas diseñadas con el mismo fin en el DCFR.

Así, el art. 582-15 (Remedios frente a la falta de conformidad), plantea como primera opción la subsanación a cargo del prestador de servicios, salvo que el plazo en que debía llevarse a cabo la prestación fuese esencial o la subsanación resulte imposible, desproporcionada o altamente molesta para el cliente. También, como hace el DCFR, consagra la posibilidad de acumulación de remedios, compatibilizando la indemnización de daños y perjuicios sufridos con la subsanación consiguiente.

Otros remedios que posibilita esta Propuesta son la resolución contractual, en caso de incumplimiento esencial, y la rebaja del precio. En ambos casos se trata de medidas compatibles con la percepción de la indemnización de los perjuicios sufridos.

En el texto propuesto se aprecia también la influencia del Derecho de los consumidores, ya que se establecen medidas específicas cuando el cliente tiene esta condición (que, probablemente, será la mayoría de las veces). En tal caso, la norma prevé un plazo máximo de treinta días para la subsanación, a contar desde la fecha en que el principal la solicita. Igualmente, si el cliente es un consumidor puede instar la resolución del contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia, y el plazo para reclamar la rebaja del precio es de tres años.

Por lo que respecta a la *Propuesta APL Código Mercantil*, la regulación que hace de los contratos de servicios no contempla remedios o respuestas ante un eventual incumplimiento del empresario, por lo que entendemos que habría de acudir a las normas generales sobre incumplimiento de las obligaciones.

No sucede lo mismo con la *Propuesta de Modernización CCOC*, que contiene una ordenación sistematizada de los diferentes remedios frente al incumplimiento del deudor. Destaca su art. 1.173, en el que se recoge el elenco de opciones con que cuenta el contratante insatisfecho y que, en general, coinciden con las planteadas en el DCFR (cumplimiento en forma específica, subsanación, reducción del precio, etc.). Garantiza, además, la posibilidad de acumulación de estos remedios en tanto no sean incompatibles entre sí y, asimismo, salvaguarda el derecho a ser

indemnizado por los daños y perjuicios sufridos cualquiera que sea la modalidad por la que se opte.

VIII. CONCLUSIÓN.

Pese a la división de opiniones que, en el campo doctrinal y científico, ha provocado la elaboración y publicación del DCFR, como su antecesor PECL y PEL:SC, lo cierto es que se ha convertido en un cuerpo jurídico sumamente atractivo para el estudio y la interpretación del moderno Derecho. El propósito unificador de su contenido y el intento armonizador que trae consigo ha terminado calando en las diferentes culturas jurídicas europeas. Cada vez más, los legisladores toman en consideración los criterios establecidos en dicho texto y la jurisprudencia tampoco permanece ajena, en su labor de interpretación y aplicación del Derecho vigente, a los postulados y reglas contenidas en el DCFR.

Un ejemplo de lo que afirmamos podemos verlo, precisamente, en la regulación que hace de los contratos de servicios. Ciertamente, su amplitud, la disparidad de figuras y de reglas especiales en función del tipo contractual específico, contribuye muchas veces a dificultar su entendimiento. No puede obviarse que, como cuerpo normativo, es el resultado de la combinación de reglas procedentes de muy diferentes ámbitos y realidades nacionales. Pero ello, más que un obstáculo, parece haberse convertido en una ventaja que enriquece la reflexión y el análisis de esta materia.

La indagación del grado de correspondencia de las propuestas actualizadoras de las codificaciones españolas, en materia de contrato de servicio, con la regulación que se hace de la figura en el DCFR es ciertamente ostensible. No puede negarse que los ejemplos utilizados en este trabajo ponen de manifiesto un vínculo directo y profundo con el DCFR, en particular si nos referimos a la *Propuesta APDC* y la *Propuesta de Modernización CCOC*.

Más allá del futuro éxito o no de estas propuestas, creemos que tienen un indudable valor y, en cualquier caso, pueden servir como fuente inspiradora en próximas regulaciones que se hagan del contrato de servicios.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition (ed. a cargo de C. VON BAR, E. CLIVE Y H. SCHULTE-NÖLKE), Munchen, 2009.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

COBACHO GÓMEZ, J. A.: "De la gratuidad a la onerosidad en los contratos de servicios regulados por el Código Civil", en *Estudios de Derecho de Contratos* (dir. A.M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: *Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado*. Madrid, 2018.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2023.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *Indret*, núm. 3, 2008.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "El contrato de servicios y la Propuesta de Modernización del Código Civil Español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2134, 2011.

EIDENMÜLLER, H. y otros: "El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)" (trad. de B. RODRÍGUEZ-ROSADO), *Anuario de Derecho Civil*, LXII-4, 2009.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Modernización de los contratos de servicios: un análisis crítico del DCFR", en *La modernización del contrato de servicios* (dir. por F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

INFANTE RUÍZ, F.J.: "El contrato de servicios en siglo XXI: política legal y (re) codificación", en *La modernización del contrato de servicios* (dir. por F. J. INFANTE RUIZ y F. OLIVA BLÁZQUEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LOOS, M.B.M.: "Service contracts", *SSRN Electronic Journal*, January 2010 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542506).

LOOS, M.B.M.: "Service contracts", en *Towards a European Civil Code*, 4ª ed (ed. por A.S. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK, E. DU PERRON), Wolters Kluwer, Amsterdam, 2011.

MÖSLEIN, F.: "Service contracts", en *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (ed. por J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, and A. STIER), vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2012.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho Privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, 2014.

RIFKIN, J.: *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Paidós, Madrid, 2000.

SOLÉ RESINA, J.: "La reforma del contrato de servicios", *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, núm. 158, 2020.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. *Principles on a European Law. Service Contracts (PEL SC)* (prep. por M. BARENDRECHT, C. JANSEN, M. LOOS, A. PINNA, R. CASCAO y S. VAN GULIK). Sellier, Munich, 2007.

EL CONTROVERTIDO ESCENARIO DEL ALQUILER
TURÍSTICO EN LAS COMUNIDADES DE VECINOS: LA
NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN EXPRESA POR PARTE
DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS

*THE CONTROVERSIAL SCENARIO OF TOURIST RENTALS IN
RESIDENTIAL COMMUNITIES: THE NEED FOR EXPRESS
AUTHORIZATION FROM THE BOARD OF OWNERS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 246-279

Alejandro
PLATERO
ALCÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: En los últimos años se ha venido produciendo una práctica generalizada en las comunidades de propietarios, como es la relativa al establecimiento de alquileres turísticos en viviendas sujetas al régimen de propiedad horizontal. Por ello, desde el año 2019, el legislador ha venido estableciendo una serie de mecanismos al objeto de expandir las posibilidades de actuación del resto de comuneros que sufren la citada actividad. Se analizará en el presente trabajo la regulación actual de la cuestión y los principales antecedentes existentes.

PALABRAS CLAVE: Propiedad horizontal; alquiler turístico; cesación; limitar o condicionar; derecho de propiedad.

ABSTRACT: *In recent years, a widespread practice in homeowners' associations has been establishing tourist rentals in some of the homes subject to the horizontal property regime. Therefore, since 2019, the legislator has established a series of mechanisms to expand the possibilities for action for other community members who suffer from this activity. This paper analyzes the current regulation of the issue and the main existing background information.*

KEY WORDS: Horizontal property; tourist rental; cessation; limit or condition; property rights.

SUMARIO.- I. DOS TRADICIONALES MECANISMOS DESTINADOS A PROHIBIR EL ALQUILER TURÍSTICO.- 1. La cesación de la actividad molesta turística.- 2. La interpretación de las prohibiciones estatutarias.- **II. LA FACULTAD DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS DE LIMITAR O CONDICIONAR EL ALQUILER TURÍSTICO.-** 1. La primera y contradictoria regulación del art. 17.12 LPH.- 2. Dentro de la facultad de limitación, cabe prohibir el ejercicio de la actividad.- **III. UN NUEVO CAMBIO DE GUION: LA AUTORIZACIÓN DEL ALQUILER TURÍSTICO.-** **IV. REFLEXIÓN FINAL.**

I. DOS TRADICIONALES MECANISMOS DESTINADOS A PROHIBIR EL ALQUILER TURÍSTICO.

1. La cesación de la actividad molesta turística.

Como se ha descrito con anterioridad, el objetivo del presente trabajo consiste en actualizar la problemática jurídica existente en las comunidades de propietarios debido a la expansión generalizada en los últimos años de viviendas turísticas, que como no puede ser de otra forma, alteran el funcionamiento ordinario del destino principal de los inmuebles constituidos mediante el citado régimen, que no es otro que el de la vivienda habitual de los comuneros.

La titularidad de inmuebles en régimen de propiedad horizontal, como es de sobra sabido, no viene regulada en exceso en el Código Civil, ya que solo se menciona en el art. 396, donde se establece un sistema de propiedad privada de los elementos privativos y, un régimen de copropiedad relativo a los elementos comunes de un edificio. Por ello, el régimen de propiedad horizontal es considerado un régimen de propiedad especial, pero no de los citados como tal expresamente en el Código Civil (en adelante CC), como ocurre con las aguas, las minas y la propiedad intelectual, sino porque su completa regulación se encuentra en un texto legal específico, como es la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante LPH).

Se podría decir que, desde hace una década, como consecuencia de la utilización generalizada de plataformas de búsqueda de alojamientos turísticos, se está produciendo un desarrollo generalizado de viviendas sitas en régimen de propiedad horizontal, que se están dedicando por sus propietarios al ejercicio de la actividad turística, ya que, en determinadas ubicaciones, se obtendrá una mayor rentabilidad económica que si se destinara la vivienda al alquiler tradicional o de temporada¹.

¹ MARTOS CLABRÚS, M^a. A.: "Comunidad de propietarios y viviendas de uso turístico", *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol. 6, núm. 18, 2021, pp. 129 y ss.

• Alejandro Platero Alcón

Profesor Contratado Doctor del área de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura. Email: platero@unex.es.

Ahora bien, como se expuso al inicio, es probable que el resto de los comuneros que no desarrollan esa actividad lucrativa, no consideren positiva la generalización de la citada actividad en sus inmuebles, planteándose por ello, distintas alternativas destinadas a restringir la actividad turística desarrollada por otros propietarios. En este sentido, y analizando la cuestión desde un punto de vista civilista, el debate jurídico no es baladí, ya que, el establecimiento de pactos por parte de la junta de propietarios destinados a prohibir el establecimiento de viviendas con fines turísticos puede suponer una limitación de las facultades del propietario afectado².

Debe recordarse que el art. 348 CC, reformado en una única ocasión desde su redacción original del año 1889³, establece que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. En virtud del citado precepto, el propietario de una vivienda en un régimen de propiedad horizontal, en principio tiene capacidad para gozar y disponer del mismo, pero, ahora bien, se verá afectado por una serie de limitaciones que afectan a propietarios de cualquier tipo de bienes. De hecho, el propio Código Civil establece limitaciones del derecho real de propiedad, como ocurre en su art. 7, donde se alude a la necesidad de ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, al mismo tiempo que se introduce la prohibición de abusar de los derechos por parte de sus titulares.

Dentro de los límites al derecho real de propiedad también deben citarse los contenidos en la Constitución Española (en adelante CE), entre los que destaca denominada función social de la misma, consagrada en el art. 33.2 CE y, como no, la subordinación de la riqueza del país a la satisfacción del interés general, contenida en el art. 128.1 CE⁴. Dichos límites genéricos se podrían completar con una serie de límites más específicos, algunos de ellos previstos en el Código Civil, como pudiera ser la responsabilidad civil del propietario por las inmisiones y, otros muchos previstos en diferentes legislaciones, ya no solo civiles, sino también de carácter administrativo⁵.

De hecho, con anterioridad a que se planteara ante los tribunales la problemática relativa a la proliferación de los alquileres turísticos en los regímenes de propiedad horizontal, ya han existido distintos pronunciamientos que han avalado las

- 2 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. J.: "Alquiler turístico. Posibilidad de prohibir el alquiler vacacional. Mayorías necesarias para adopción de acuerdos de limitación", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 258, 2022, pp. 41 y ss.
- 3 Como consecuencia de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021. Al respecto véase la obra de DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *La Ley 17/2021 sobre Régimen Jurídico de los Animales comentario y aplicación práctica*, Reus, Madrid, 2022, pp. 78 y ss.
- 4 VAQUER CABALLERÍA, M.: "La vivienda como función social y la rentabilidad como contenido esencial de la propiedad", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 55, 2025, pp. 148 y ss.
- 5 JIMÉNEZ SALCEDO, M. C.: "Las limitaciones al derecho de la propiedad. La inmisión como criterio de limitador de las relaciones de vecindad", en AA.VV.: *Temas actuales de Derecho Privado III* (coord. por M. A. BLANDINO GARRIDO) Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pp. 201 y ss.

restricciones impuestas por las comunidades de propietarios al ejercicio de diversas actividades por parte de los propietarios de viviendas privativas, aparte como no, de la enorme conflictividad jurídica que supone para los comuneros que han contribuido con su obligación ambulatoria consistente en el pago de las cuotas establecidas en el régimen de propiedad horizontal, de reclamar el cobro de las mismas a los propietarios que se encuentran en una situación de mora⁶.

En relación con los pronunciamientos que han avalado las restricciones impuestas en el régimen de propiedad horizontal, puede citarse, por ejemplo, la STS 15 junio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2202), donde se estableció que: “en el ámbito de la propiedad horizontal, se considera posible y aceptable establecer limitaciones o prohibiciones a la propiedad, que atienden a la protección del interés general de la comunidad. Dentro de estas limitaciones se encuentra la prohibición de realizar determinadas actividades o el cambio de uso del inmueble, pero para su efectividad deben constar de manera expresa y, para poder tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad”.

También sobre la validez de estas prohibiciones, debe citarse la sentencia de la misma STS 3 diciembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5403), donde se establece que: “en el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atiendan al interés general de la comunidad. Prohibiciones estas que, como indican las sentencias de 20 de octubre de 2008 y 30 de diciembre de 2010, citadas por la de 5 de octubre de 2013, referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble, que es lo sucedido en el caso del recurrente, deben constar de manera expresa”.

Además, el propio Tribunal Constitucional también ha avalado las citadas restricciones, pudiendo citarse la STC 301/1993, de 21 de octubre (ECLI:ES:TC:1993:301), donde se extra que en el régimen de propiedad horizontal, surge la necesidad de: “*compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares*”.

Por tanto, como se acaba de exponer, resultaría posible que los estatutos de un régimen de propiedad horizontal pudieran prohibir el ejercicio de alquiler turístico por parte de un comunero titular de una vivienda privativa, ya que se trataría de una restricción expresa, establecida para garantizar el equilibrio del conjunto de derechos entre todos los partícipes de la comunidad. Ahora bien, cuando los

6 GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R.: “Acciones y estrategias para afrontar las deudas de morosos en las comunidades de propietarios como consecuencia de la necesidad de asumir derramas extraordinarias para la conservación, mantenimiento y rehabilitación del inmueble”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2025, pp. 3 y ss.

estatutos no han prohibido expresamente esta posibilidad, surgen otras vías que permiten limitar estas actividades, como pudiera ser la posibilidad de establecer un acuerdo en este sentido en una junta de propietarios o, el establecimiento de una acción de cesación, regulada tradicionalmente en el art. 7 LPH⁷.

Dejando aparcada la cuestión relativa al acuerdo en junta de propietarios en tal sentido, que es sin duda la gran fuente de controversia que se analizará en el presente trabajo, resulta conveniente en este punto apuntar una serie de cuestiones relativas a la segunda posibilidad citada, es decir, a la del ejercicio de una acción de cesación frente al comunero que ejerza la actividad turística en su vivienda. En concreto, el citado precepto permite el ejercicio de la citada acción cuando un propietario desarrolle en el inmueble actividades que, aunque no estuvieran prohibidas, pudieran considerarse como molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Es precisamente una de las connotaciones anteriores, concretamente la de molesta, la que se ha venido aplicando tradicionalmente como circunstancia intrínseca al ejercicio de la actividad turística en los inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal⁸.

Tradicionalmente se ha venido considerado como molesta por parte de los diferentes pronunciamientos judiciales, aquella actividad que impida al resto de comuneros realizar un uso ordinario del conjunto de los elementos del inmueble, eso sí, dicha molestia debe reunir las notas de notoriedad y ostentación y, debe venir promovida por el ejercicio de una actividad en la que se debe analizar las condiciones en concreto del inmueble donde se realizan, ya que, no será igual en el ámbito de la actividad turística, que la actividad se realice en una vivienda que da al exterior y donde apenas existe uso de elementos comunes por parte de los potenciales turistas, que en ocasiones donde el acceso a la vivienda turística supone un auténtico menoscabo del uso ordinario de los elementos comunes por parte del resto de comuneros⁹.

Ahora bien, el simple ejercicio de la actividad de arrendamiento turístico no puede ser considerada *per se*, como una actividad molesta, sino que la comunidad de propietarios que decida ejercitar esta acción deberá demostrar que efectivamente, se están produciendo una serie de molestias que alteran el normal funcionamiento del inmueble como consecuencia del ejercicio de la actividad turística. De hecho, resulta interesante notar que parte de la doctrina ha criticado la extensión generalizada del concepto de actividad molesta al alquiler

7 CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2018, pp. 25 y ss.

8 COSTAS DE VICENTE, B.: "Actividades molestas en las viviendas de uso turístico", *Propiedad horizontal: cuaderno jurídico*, núm. 352, 2022, pp. 15 y ss.

9 TXASKO GALARRAGA, M.: "Viviendas de uso turístico y vías actuación de la comunidad de propietarios", *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año 17, 2022, pp. 397 y ss.

de vivienda turística, en el sentido de que parece que de manera anticipatoria y sin necesidad de probar nada, ya una comunidad de propietarios podría considerar que el ejercicio de la actividad turística supondrá una molestia para el conjunto de la comunidad, cuando resulta necesario acreditar cada concreto para comprobar si existen elementos que puedan justificar el establecimiento de tal calificativo, ya que de lo contrario, se estaría ante “una presunción de actividad molesta”¹⁰.

Lo cierto es que el ejercicio de la acción de cesación como mecanismo para prohibir el ejercicio de la actividad turística, supondrá probar esas molestias para el conjunto de comuneros respecto a los elementos comunes, pero eso sí, no resulta difícil encontrar numerosos pronunciamientos judiciales donde se ejemplifican supuestos de molestias como consecuencia del desarrollo de esta actividad, como pueden ser los derivados del establecimiento de actividad animadas a ciertas horas de la noche, la presencia de residuos humanos en elementos comunes y, como no, la acumulación de basura en espacios no habilitados para tal fin¹¹.

Otro de las posibles causas que pueden incidir en la provocación de molestias al conjunto de comuneros, pudiera ser el uso excesivo de los elementos comunes por parte de los visitantes turísticos¹². De hecho, esta situación ya se recogió expresamente por parte de la STS 27 noviembre 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6451), estableciendo que la actividad turística analizada: “no se trata de que un local o una vivienda cambie de destino, sino de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado, uso excesivo de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca”.

En virtud de lo expuesto, las comunidades de vecinos, con independencia de la validez o no de los posibles acuerdos limitativos de la actividad turística que después se analizarán, podrán siempre intentar anular el ejercicio de esta mediante la formulación de esta acción de cesación¹³. Antes de iniciar el proceso judicial al respecto, el presidente de la comunidad debe requerir al propietario que cese en el ejercicio de la actividad molesta, y solo en caso omiso, podrá el mismo solicitar autorización a la junta de propietarios para que autorice la presentación de la demanda correspondiente, pudiendo el acordar con carácter cautelar la

10 MAGRO SERVET, V.: “Consideraciones jurídicas sobre la pretensión de prohibición del alquiler vacacional en una comunidad de propietarios”, *Diario la Ley*, núm. 10567, 2024, pp. 1 y ss.

11 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, año 102, 2018, pp. 58 y ss.

12 HOWARD, A.: “La problemática del alojamiento turístico en los edificios en propiedad horizontal”, *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, núm. 12, 2024, pp. 115 y ss.

13 CAMPUZANO TOMÉ, H.: “Mecanismos en defensa de las comunidades de propietarios frente a las actividades molestas y los daños derivados del uso turístico”, en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, (coord. por J. ATAZ LÓPEZ) Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1159 y ss.

cesación inmediata de la actividad prohibida. En el caso de que se estimen las circunstancias molestas aludidas, la autoridad judicial puede establecer una sanción civil consistente en la prohibición del derecho usarla vivienda por su propietario, por un plazo no superior a 3 años, con independencia de establecer la posible indemnización que corresponda.

2. La interpretación de las prohibiciones estatutarias.

Ahora bien, debido a la necesidad de prueba que se establece a la comunidad de propietarios y a los costes derivados del ejercicio de la acción de cesación, es evidente que resulta más beneficioso para los comuneros el establecimiento de la prohibición del ejercicio de la actividad turística mediante un posible acuerdo adoptado en la junta de propietarios, en el caso de que la citada actividad no hubiera estado vetada ya en los estatutos de la propia comunidad¹⁴.

Precisamente sobre la posibilidad de que la junta de propietarios establezca de forma expresa una prohibición al desarrollo de viviendas turísticas, debe precisarse que históricamente, la misma ha resultado prácticamente imposible de establecer en la práctica. En efecto, con anterioridad a las reformas legislativas que posteriormente se expondrán, resultaba de aplicación a la citada posibilidad mencionada, el art. 17.6 LPH donde se establecía la inquebrantable regla de la unanimidad para la adopción del citado acuerdo, ya que se trataba de una modificación de las normas iniciales previstas en el título constitutivo o estatutos del inmueble afecto al régimen de propiedad horizontal¹⁵.

La citada unanimidad constituía, sin lugar a duda, una quimera para los comuneros que propusieran la citada limitación, ya que con que el propio vecino que ejerza la actividad votará en contra, no podría darse por aprobada la votación propuesta. Además, debe recordarse que el art. 17.8 LPH, permite a los propietarios ausentes en la votación del acuerdo, manifestar en su desacuerdo o su abstención en el plazo de 30 días, por lo que, si se produjera esta situación, no podría inscribirse el acuerdo alcanzado por unanimidad en el registro de la propiedad¹⁶.

De hecho, sin la constancia expresa de esa inscripción registral, el acuerdo adoptado no alcanzará los efectos perseguidos frente no solo a los posibles propietarios actuales de bienes inmuebles que realicen actividades turísticas en

14 MORAL MORO, M^a. J.: "Ineficacia práctica de los procesos civiles ante los problemas de convivencia vecinal ocasionados por los inquilinos de viviendas turísticas", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 31, 2022, pp. 8 y ss.

15 GERALDINE BETHENCOURTH, R.: "La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, pp. 3046 y ss.

16 RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: "Acuerdos para el establecimiento de prohibiciones en los estatutos de propiedad horizontal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2021, pp. 2475 y ss.

el mismo, sino en relación a futuros compradores de viviendas privativas en el inmueble, que deberán conocer la prohibición para el ejercicio de esa actividad económica, desde que el citado acuerdo alcanzará la publicidad registral propia del acceso al registro¹⁷.

De lo anterior se puede extraer con relativa facilidad, que históricamente no resultaba muy práctico para las comunidades de propietarios intentar eliminar las actividades turísticas en los inmuebles mediante acuerdos en la junta de propietarios. Por ello, con independencia del establecimiento de la acción de cesación cuando la actividad provocara molestias al resto de comuneros en lo que se refiere el uso de los elementos comunes, posibilidad apuntada con anterioridad, la última vía posible para prohibir estas actividades turísticas pasaba porque los propios estatutos de la comunidad vetaran el desarrollo de esta actividad en los inmuebles privativos de la finca afectada por el régimen de propiedad horizontal.

Ahora bien, debe también precisarse que las comunidades de vecinos, aunque no tuvieran prohibida esta actividad en sus estatutos, podrían recurrir a los organismos administrativos correspondientes para que cancelaran la citada actividad, en el supuesto de que la actividad turística se estuviera desarrollando sin la debida autorización correspondiente emitida por el organismo autonómico o local correspondiente¹⁸. De hecho, como después se expondrá, la existencia de diferentes intereses autonómicos, en ocasiones contradictorios entre sí mismos en función del color político del partido que ostenta el poder, también complica en exceso la regulación de las actividades turísticas desarrolladas en viviendas privativas, ya que, cada comunidad autónoma ha regulado la cuestión a su antojo, debido a las competencias en materia de promoción del turismo que conservan.

Aunque de la lectura de lo expuesto parece claro que, si existiera restricción estatutaria en tal sentido, no podría desarrollarse la actividad turística, en realidad también han surgido importantes discrepancias al respecto. En este sentido, debe recordarse las citas del Tribunal Supremo expuestas al inicio del presente trabajo, donde se aludía a que las limitaciones al derecho de los propietarios en el régimen de propiedad horizontal deben constar de forma expresa, por lo que, en ocasiones, la ambigüedad de la descripción de las prohibiciones descritas en

17 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Cláusulas estatutarias limitativas de pisos turísticos según el art. 17.12 LPH: régimen de mayoría, cómputo de los ausentes no disidentes y posible eficacia frente a terceros. Comentario a la Resolución General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 junio 2020 (BOE 10-7-2020)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 53, 2020, pp. 2 y ss.

18 LÓPEZ FRÍAS, M. J.: "Una aproximación a las viviendas con finalidad turística desde el punto de vista urbanístico y desde la perspectiva de las comunidades de propietarios", *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 108 y ss.

los estatutos, han provocado el acaecimiento de dudas acerca del campo de aplicación de las mismas¹⁹.

En efecto, el Tribunal Supremo se ha manifestado en varias ocasiones en relación con la validez de las cláusulas estatutarias que prohíben el desarrollo de la actividad turística en las viviendas privativas. La primera sentencia que puede citarse es la STS 27 noviembre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5197), donde se discutía si la cláusula introducida en los estatutos de una comunidad, donde se establecía literalmente que: "no podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo; reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial. En el portal uno del edificio, no podrán, en consecuencia, instalarse placas anunciadoras de dichas actividades ni, en general, de ningún tipo, ni señal alguna que permita identificar a los propietarios o inquilinos de los componentes de inmueble", resultaba de aplicación a dos viviendas propiedad de una mercantil, ambas inscritas en el Registro de Actividades Turísticas del Principado de Asturias como alojamiento turístico.

Aplicando la literalidad de la cláusula estatutaria debatida, podría interpretarse que no se encuentra expresamente la actividad turística, debiendo por tanto interpretar el Tribunal Supremo, si la citada actividad se encuentra dentro del conjunto de actividades profesionales, empresariales o comerciales prohibidas²⁰. En el caso concreto, la sentencia expresa con rotundidad que la actividad desarrollada por la mercantil propietaria de los inmuebles destinada al alquiler turístico, constituye una actividad de naturaleza empresarial y comercial, ya que, entre otros motivos, al haber inscrito ambas viviendas en el registro citado con anterioridad, la misma se obligaba a prestar una serie de servicios a los potenciales usuarios de las viviendas destinadas al fin turístico, recibiendo a cambio, una contraprestación de tipo económico.

Siguiendo con la misma línea, puede citarse la STS 29 noviembre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5199), es decir, dictada apenas dos días después de la anterior. En este caso, se discutía la aplicación a la actividad turística de la siguiente norma comunitaria: "Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc., ...) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado", debiendo por tanto interpretar el Tribunal

19 BUSTO LAGO, J. M.: "Arrendamientos para uso turístico y propiedad horizontal: los recelos llegan a la Sala de lo Civil", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 10, 2024, pp. 4 y ss.

20 VELA TORRES, P. J.: "La prohibición en los estatutos comunitarios de la realización de actividad económica en las viviendas comprende su alquiler para uso turístico", *Diario la Ley*, núm. 10456, 2024, pp. 2 y ss.

Supremo, el alcance de la expresión actividad económica advertida por la norma comunitaria²¹.

Como no podría ser de otra forma, la interpretación realizada coincide expresamente con la expresada en su sentencia anterior, ya que, reitera que el ejercicio de la actividad turística comprende la prestación de una serie de servicio y la asunción de una serie de obligaciones propias de una actividad económica, por lo que debe ser considerada como tal²². En virtud de lo anterior, concluye la sentencia advirtiendo que: “esta interpretación es conforme con la jurisprudencia de la sala acerca de que las limitaciones tienen que ser claras, precisas y expresas porque la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, que no es otra que prohibir que en las viviendas se ejercite una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos”.

En la misma línea interpretativa de las prohibiciones establecidas en los estatutos de la comunidad, debe citarse la STS 30 enero 2024 (ECLI:ES:TS:2024:331)²³. En concreto, se produjo una interpretación de la siguiente cláusula estatutaria, donde se prohibía de forma expresa: “cambiar el uso de la vivienda por otro distinto de su habitual y permanente, transformándola en local comercial o industrial, ni destinarla, ni aun en parte, a colegios, academias, hospederías, depósitos, agencias, talleres ni a fines vedados por la moral por la Ley”.

Como se desprende de la lectura de la prohibición estatutaria, la principal discusión jurídica consistía en determinar si la actividad de hospedería puede equipararse al alquiler de viviendas con fines turísticos. En este sentido, aparte de aludir el Alto Tribunal a la regulación de la actividad establecida en la legislación autonómica correspondiente, donde se expresa con claridad el carácter comercial y profesional de la misma, también se hace referencia la propia RAE, en concreto a los sinónimos del término hospedería, encontrándose recogidos entre los mismos el alojamiento, acogida, hospedaje, albergue, hospicio. Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo concluye avalando la citada prohibición estatutaria, considerando que la demandada ejerce: “una actividad abierta al público, anunciada en plataformas publicitarias, cuya esencia radica en satisfacer las necesidades de alojamiento transitorio inherentes a la actividad de turismo, que no constituye, desde luego, ese uso permanente y habitual al que se refiere la norma estatutaria,

21 MARTÍN PACIENTE, M.: “La prohibición de apartamentos turísticos en comunidades de propietarios (comentario a las SSTs 5199/2023 y 5197/2023 de 27 y 29 de noviembre)”, *Revista General de Derecho del Turismo RGDT*, núm. 9, 2024, pp. 235 y ss.

22 SALAS CARCELLER, A.: “Problemática de los arrendamientos turísticos en el ámbito de las comunidades de propietarios. Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1671/2023, 29 de noviembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2024, pp. 4 y ss.

23 HERNÁNDEZ MANZANARES, A.: “Doctrina jurisprudencial sobre los pisos turísticos”, *Diario la Ley*, núm. 10605, 2024, pp. 7 y ss.

y que guarda identidad de razón con la prohibición establecida de destinar los pisos a hospedería, por lo que concluir que está vedada la posibilidad de utilizarlos con destino turístico no conforma una interpretación arbitraria, ni prohibir dicho uso constituye un abuso de derecho”.

En sentido opuesto a una interpretación extensiva de las prohibiciones estatutarias al ejercicio de la actividad turística en pisos sujetos al régimen de propiedad horizontal, puede citarse la reciente STS 18 febrero 2025 (ECLI:ES:TS:2025:725). En concreto, el Alto Tribunal analiza la siguiente cláusula estatutaria, donde se prohíbe: “Uno.- Destinar los pisos y locales a consultorios y clínicas de enfermedades infecto-contagiosas y a fines ilegales. Dos.- Instalar en los pisos motores o maquinaria que no sean los usuales y ... para los servicios del hogar. Tres.- Ejecutar en dichos locales y pisos acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o habitantes y de los que de modo ... resulten inmorales, incómodos o insalubres, o hagan desmerecer en cualquier sentido el inmueble a las personas que en él habitan económica, social o moralmente ... los propietarios de los pisos establecerán en los contratos de inquilinato que concierten las oportunas condiciones especiales para dar efectividad y cumplimiento a las limitaciones”.

Para realizar al análisis de la posible aplicación de la restricción estatutaria a la actividad de alojamiento turístico que se estaba realizando en la comunidad causante del litigio, el Tribunal Supremo trae a colación el conjunto de sentencias citadas con anterioridad, donde como se ha visto, se produce una interpretación favorable a prohibir la actividad turística, a pesar de que la misma no estuviera prevista de forma literal en el contenido de los estatutos de la comunidad. Pero ahora bien, para el Alto Tribunal, esos supuestos no se reproducen en el hecho enjuiciado, considerando que: “no existe una previsión de tal clase, como resulta de las normas comunitarias transcritas en la sentencia de la audiencia, en las que las prohibiciones se refieren a consultorios y clínicas de enfermedades infecto contagiosas y a fines ilegales; instalar motores o maquinarias que no sean los usuales para los servicios del hogar; actividades inmorales, incómodas o insalubres, descartadas por las sentencias de ambas instancias, u ocupar, aunque sea temporalmente, los elementos comunes”.

De lo anterior se extrae que la prohibición estatutaria donde se alude a cualquier tipo de actividad económica, si se extenderá a la actividad de alojamiento turístico desarrollada en los pisos sujetos al régimen de propiedad horizontal, extensión que no se producirá en supuestos donde los estatutos hubieran explicitado únicamente una serie concreta de actividades profesionales, como ocurre en el supuesto objeto de análisis con la mención expresa de los consultorios y clínicas de enfermedades infecto contagiosas y a fines ilegales; instalar motores o maquinarias que no sean los usuales para los servicios del hogar.

También debe citarse que, en el caso concreto, también podría haberse vetado el ejercicio de la actividad turística, debido a que los estatutos fijaban expresamente el destino previsto para las viviendas privativas, estableciéndose de forma concreta que los pisos debían dedicarse a: “viviendas del titular propietario o arrendatario con o sin oficinas o despachos propios de la profesión del habitante”. Ahora bien, existen numerosos pronunciamientos que han avalado los cambios de usos, salvo que los mismos fueran ilícitos, pudiendo citarse por ejemplo, la STS 20 octubre 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5451), donde se reputó conforme a derecho, pese al destino consignado a vivienda, la dedicación a una actividad médica, la STS 1 octubre 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5095), que consideró legítimo modificar el destino previsto a local en vivienda, o la STS 15 junio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2202), que un caso en el que en el título constitutivo destinaba el bajo a oficinas, consideró ajustado a derecho el cambio de destino llevado a efecto por su propietario.

Se aparta el Tribunal Supremo en esta resolución, de otra interpretación similar que tuvo que realizar en su STS 24 enero 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4790), donde interpretó la siguiente cláusula estatutaria: “Las viviendas se consideran como residencias familiares exclusivamente y en consecuencia no podrá desarrollarse en ellas, por sus propietarios, familiares o inquilino o terceras personas ninguna actividad profesional, comercial o industrial o cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de “residencia familiar”. Esta prohibición que se establece por deseo unánime de todos sus propietarios será mantenida invariablemente como condición expresa en todas las transmisiones de dominio que puedan tener lugar por cesión, venta, herencia o cualquier otra causa”.

En concreto el Alto Tribunal da por válido el argumento utilizado por la Audiencia que le precede, y considera que a diferencia de lo que ocurría en la descripción del uso de la vivienda enjuiciada en la STS 18 febrero 2025, aquí no se establece tal descripción, sino una verdadera prohibición de destinación de las viviendas a ningún uso distinto al propio de la residencia familiar, por lo que no cabía permitir el ejercicio de la actividad turística en los inmuebles sometidos al citado régimen de propiedad horizontal.

II. LA FACULTAD DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS DE LIMITAR O CONDICIONAR EL ALQUILER TURÍSTICO.

I. La primera y contradictoria regulación del art. 17.12 LPH.

Una vez analizadas las diferentes opciones con la que tradicionalmente las comunidades de propietarios han podido reaccionar frente al ejercicio de una actividad turística desarrollada en alguna vivienda privativa del inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal, es el momento de hacer referencia a lo que

podría denominarse el juego de las mayorías, al objeto de determinar si existe alguna posibilidad distinta a la unanimidad, para lograr prohibir la misma.

Debe advertirse en tal sentido, que dicha posibilidad comenzó a desarrollarse gracias a la promulgación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante RDL 7/2019)²⁴. El objetivo del citado instrumento legal consistía en establecer una serie de medidas que facilitaran el acceso a la vivienda, reconociendo este, como uno de los grandes problemas existentes en la sociedad española del año 2019, el cual sigue estando presente, quizás hasta en niveles más avanzados, en pleno año 2025.

Además, se observa claramente en el preámbulo del RDL 7/2019, la preocupación existente por el fuerte incremento del precio de la vivienda derivado del desarrollo turístico existente en muchos territorios nacionales, citándose como ejemplo, la situación producida en Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. En concreto, se alude al alquiler vacacional en viviendas privadas, que evidentemente se ha visto favorecido por el desarrollo de plataformas *online*, donde el turista mediante un *clic* puede reservar un apartamento turístico en cualquier parte del mundo, como factor determinante para el encarecimiento del acceso a la vivienda, ya que, probablemente en los territorios citados con anterioridad, el propietario de una vivienda obtenga mayor rentabilidad alquilando ocasionalmente con motivo vacacional la citada vivienda, que ofrecer un alquiler a una familia que lo necesite para constituir su residencia habitual, generando así, una importante “cicatriz”²⁵, en el mercado inmobiliario.

Además de lo anterior el RDL 7/2019 alude al escaso porcentaje de vivienda social existente en España, respecto al porcentaje de esta que existe en los países europeos cercanos, situación que sigue sin mejorar en la actualidad. Finalmente, también resulta interesante destacar la referencia al aumento de desahucios vinculados al alquiler, situación contraria a la que se produce en relación con los que se producen en viviendas adquiridas mediante el derecho real de propiedad, situación que evidentemente también se debe vincular a la rentabilidad superior del arrendamiento turístico, lo que ha provocado que muchos arrendadores no quieran continuar con los alquileres residenciales que tenían en sus viviendas²⁶.

24 MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: “Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: status quaestionis y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 95, núm. 775, 2025, pp. 2225 y ss.

25 DE LA ENCARNACIÓN, A. M.: “Las cicatrices de la vivienda turística: reducción del mercado residencial inmobiliario y encarecimiento de precios”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 20, 2023, pp. 110 y ss.

26 CAICEDO CAMACHO, N.: “Los desahucios por impago de alquiler: propuestas para hacerles frente”, en AA.VV.: *Regular los alquileres: la lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, (coord. por A. NOGUERA FERNÁNDEZ) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 265 y ss.

En virtud de las circunstancias notadas con anterioridad, el citado instrumento legal introdujo una serie de novedades muy importantes que venían a condicionar el ejercicio de la actividad turística en las viviendas privativas sitas en regímenes de propiedad horizontal. Así, entre las principales modificaciones que afectan al objeto del presente trabajo, se debe citar la reformulación del art. 5.e) de la Ley de Arrendamiento Urbanos, al objeto de recalar la exclusión del alquiler de vivienda turística de la citada norma, aunque la citada situación ya se había introducido inicialmente mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas²⁷.

Ahora bien, lo que si resultó más problemático a nivel práctico, como se expone a continuación, fue la introducción de un apartado 12 en la redacción del art. 17, el cual establecía que podría limitarse o condicionarse el ejercicio de la actividad del alquiler turístico por parte de las comunidades de propietarios, mediante un acuerdo adoptado con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, independientemente de que se produjera o no una modificación del título constitutivo o de los estatutos de la misma. De lo expuesto, se observa como por primera vez, el legislador establecía una posibilidad distinta a la vieja regla de la unanimidad, al objeto de que las comunidades de vecinos pudieran limitar o condicionar la actividad enjuiciada, provocándose como se expone, una enorme conflictividad doctrinal y jurisprudencial al respecto²⁸.

Además, el citado apartado de nuevo cuño también permitía a las comunidades de propietarios adoptar un acuerdo, de carácter no retroactivo, con la misma mayoría de tres quintas partes, al objeto de establecer un incremento de la participación de las viviendas que ejercen la actividad turística, incremento que en ningún caso supere el porcentaje del 20%. En concreto, parece que el legislador quiso establecer dos mecanismos distintos, uno relativo a la posible prohibición de la actividad de alquiler vacacional, y otro relacionado con su admisibilidad, pero aumentando el nivel de contribución al sostenimiento de los gastos comunes por parte del comunero que está obteniendo la rentabilidad correspondiente. Lo anterior no supone una limitación del campo de actuación de las comunidades de propietarios, ya que las mismas todavía podrían establecer en ese momento una serie de condicionantes adicionales, como pudiera ser la constitución de fianza o la constitución de un seguro de responsabilidad civil con una serie de estipulaciones favorables al resarcimiento de daños de los elementos comunes, pero eso sí, las mismas si no se encontraban establecidas en el título constitutivo o en los estatutos

27 FERRER GUARDIOLA, J. A.: *El régimen de la vivienda de uso turístico como manifestación de la Nueva Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 102 y ss.

28 RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: "El acuerdo de prohibición de los arrendamientos turísticos en la propiedad horizontal a través de la jurisprudencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 100, núm. 807, 2025, pp. 452 y ss.

de la comunidad, solo podrían aprobarse mediante el instituto de la unanimidad, por lo que en la práctica, resultarían prácticamente imposible de establecer²⁹.

Como se acaba de exponer gracias al RDL 7/2019, se abría una nueva posibilidad para que las comunidades de vecinos pudieran condicionar o limitar el ejercicio de la actividad turística en sus instalaciones. Ahora bien, ¿a qué se refería el legislador cuando utilizó las expresiones *limitar* o *condicionar*? La respuesta a esta pregunta ha protagonizado durante 5 años un auténtico debate que no terminó de solventarse hasta los pronunciamientos que emitió el Tribunal Supremo en las SSTs 1232 y 1233 de 3 de octubre de 2024, que serán objeto de análisis posterior.

En este sentido, cabían dos posibles interpretaciones de las expresiones referidas. Por un lado, se podría interpretar que las mismas permiten a las comunidades de propietarios adoptar un acuerdo en junta que prohíba el ejercicio de la actividad de alquiler turístico, siempre y cuando se obtenga la mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación y, de otro lado, la interpretación podría ser más restrictiva, al objeto de considerar de que el motivo porque el legislador no utilizó de forma literal el verbo prohibir, radicaba en que de facto no quería habilitar a las comunidades de propietarios a realizar tal limitación de las facultades del propietario³⁰.

De acogerse la segunda de las interpretaciones, la comunidad de propietarios solo podría adoptar decisiones que limitaran o condicionara el ejercicio de la actividad turística, pero nunca prohibirla, debiendo regir entonces la tradicional regla de la unanimidad contenida en el art. 17.6 LPH. Ahora bien, de aplicarse de esta forma la reforma introducida por el RDL 7/2019, ¿qué sentido tendría el conjunto de motivos expuestos por el citado instrumento legal? Supondría, sin lugar a duda, que la situación continuaría inmóvil, y por tanto la norma aprobada no provocaría una posible disminución de la actividad turística realizada en los inmuebles comunitarios³¹.

Sin embargo, un fuerte sector doctrinal defendió de forma categórica la referida interpretación, considerando que la posibilidad de prohibir el ejercicio de la actividad turística mediante el acuerdo con la mayoría de tres quintos referida supondría en la práctica una limitación excesiva e injustificada de las facultades del propietario, además de una posible situación de abuso del derecho por

29 BERENGUER ALBALADEJO, C.: "Cláusulas estatutarias limitativas o prohibitivas de ciertos usos en elementos privativos y alquiler de vivienda turística", en AA.VV.: *Derecho del turismo colaborativo*, (coord. por H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO) Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 192 y ss.

30 DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L.: "¿Puede prohibirse el alquiler turístico por acuerdo de la comunidad de propietarios?, ¿Cuál es la mayoría necesaria?", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 51, 2024, pp. 105 y ss.

31 FUENTES-LOJO RIUS, A.: "El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico", *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018, pp. 6 y ss.

parte de las comunidades de propietarios. Este sector doctrinal, consideraba que únicamente mediante el acuerdo adoptado sin la necesaria unanimidad, se podrían adoptar una serie de medidas, como pudieran ser las relativas a apercebir al propietario donde se ejerce la actividad turística, de las posibles consecuencias molestas que pueden derivarse de la actividad para la comunidad, allanando en caso de incumplimientos de las exigencias establecidas, el terreno para el ejercicio con éxito de una de las vías de actuación analizadas anteriormente, como era la acción de cesación del art. 7.2 LPH³².

Evidentemente, también surgieron voces que defendieron una interpretación más sensible de la reforma introducida por el RDL 7/2019, al objeto de considerar que, dentro de las facultades de limitación, se encontraba también la posibilidad de que las comunidades de propietarios pudieran prohibir la actividad turística, mediante la citada mayoría de tres quintas partes. Dicha sensibilidad radica en la forma de interpretar el sentido de la modificación introducida, ya que, parecía evidente que el legislador quería introducir una serie de circunstancias que produjeran una disminución del destino turístico de los inmuebles, al objeto de favorecer que los mismos se destinen al alquiler de vivienda habitual para las familias que lo necesiten³³.

Como se expuso anteriormente, el debate provocó no solo diferentes opiniones doctrinales, sino que también las Audiencias Provinciales comenzaron a alinearse en una posición u otra, provocando una compleja situación de incertidumbre para las partes que formaban parte de los procesos judiciales³⁴. Así, en sentido contrario a la prohibición de la actividad turística sin contar con la regla de unanimidad, resulta ilustrativa la SAP Madrid 15 junio 2022 (SAP M 9236/2022), donde se consideró en relación al acuerdo adoptado con tal finalidad por una comunidad de propietarios que: “no persigue limitar o condicionar el uso turístico, que es lo que permite el art. 17.12 LPH, sino prohibir esa actividad (...) Lo que el citado precepto permite es que, mediante una mayoría cualificada, se establezcan limitaciones o condiciones a dicha actividad, pero en el caso que nos ocupa mediante esa mayoría lo que se acuerda, en realidad, es una modificación estatutaria que hubiera requerido de unanimidad (art. 17.6 LPH), al tratarse de un supuesto de prohibición que carece de encaje en el art. 17.12 LPH”.

32 MAGRO SERVET, V.: “Consideraciones jurídicas sobre la pretensión de prohibición del alquiler vacacional en una comunidad de propietarios”, cit., pp. 8 y ss.

33 CERDEIRA DE BRAVO MANSILLA, G.: “Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 119, 2024, pp. 426 y ss.

34 ORTIZ RAMÍREZ, J.: “La problemática de las viviendas de uso turístico, con especial atención en las comunidades de propietarios”, *Propiedad horizontal: cuaderno jurídico*, núm. 358, 2023, pp. 18 y ss.

Una decisión totalmente contraria puede encontrarse, entre otras, en la SAP Segovia 21 abril 2020 (SAP BI 3110/2021)³⁵, donde se permitió la posibilidad de prohibir la actividad turística en virtud de la reforma introducida por el RDL 7/2019, ya que no una interpretación contraria a tal fin, supondría considerar que: “la regla es contradictoria con la voluntad expresa del legislador, que no quiso tanto limitar la oferta de arrendamiento turístico como incrementarla del arrendamiento residencial (...) El legislador con esta reforma incide en el mercado de la oferta de la vivienda, pero lo hace de esta vía indirecta, sabedor que en las comunidades de propietarios se está planteando este debate, interviene en favor de los contrarios a las viviendas turísticas y dispensa de la unanimidad”.

A pesar de que existen numerosos pronunciamientos más emitidos por las Audiencias Provinciales en un sentido y el contrario, con los dos extractos expuestos se demuestra la importancia práctica de la reforma introducida, ya que su estimación supondría desterrar la tradicional norma de la unanimidad exigida para prohibir la analizada actividad turística. Ahora bien, no solo fueron los tribunales los que tuvieron que interpretar la reforma introducida por el RDL 7/2019, sino que también debe destacarse la labor desarrollada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP), organismo que, desde el primer momento, se mostró favorable a permitir la prohibición de los alquileres turísticos mediante la mayoría de tres quintos establecida en el art. 17.12 LPH³⁶.

Sin ánimo de exponer cada una de las resoluciones emitidas por el citado organismo desde la entrada en vigor del RDL 7/2019, si resulta transcendente hacer mención a tres de las mismas, que reflejan la postura coherente y lógica con la que la DGSJFP afrontó la controversia jurídica. En primer lugar, se debe citar su resolución de 19 de diciembre de 2019, donde se debatía la suspensión de la inscripción de una escritura pública donde se recogía un acuerdo modificadorio de los estatutos, adoptado con la mayoría de tres quintos establecida en el art. 17.12 LPH, en virtud del cual, se levantaba la prohibición de ejercitar en las viviendas actividades de alquiler turístico. En este sentido, el centro directivo entiende que la mayoría introducida en la reforma únicamente permite limitar o condicionar el ejercicio de una actividad turística y, no adoptar un acuerdo totalmente contrario, consistente en permitir el ejercicio de esa actividad cuando estuviera prohibida por parte de los estatutos comunitarios.

La segunda de las resoluciones que se debe citar es la emitida el 16 de junio de 2020, convirtiéndose la misma en la base sobre las que sustentaron las posteriores

35 MANSO MARTIN, L. y GARCIA RUÍZ-ESPIGA, A.: “Problemas de escalera: ¿puede la junta de propietarios prohibir que un vecino alquile su piso como vivienda turística?”, *Diario la Ley*, núm. 10175, 2022, pp. 3 y ss.

36 GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: “Hitos relevantes en la jurisprudencia y la doctrina registral sobre viviendas de uso turístico y alquileres vacacionales”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 51, 2024, pp. 95 y ss.

emitidas donde se planteaban supuestos con identidad de fundamentos³⁷. En concreto, el registrador de la propiedad competente suspendió la inscripción de unos acuerdos adoptados por una comunidad de propietarios, por los que se reformaban los estatutos, prohibiendo la utilización de viviendas al uso de hospederías, alquileres vacacionales, apartamentos turísticos o viviendas de uso turístico que supongan la explotación de la vivienda como uso hotelero. El fundamento de la denegación se basaba en que, a juicio del registrador, ese acuerdo debía adoptarse por unanimidad, y no por tanto con la mayoría del art. 17.12 LPH. Pues bien, al analizar el recurso correspondiente, la DGSJFP llega a la conclusión de que la actividad de prohibir el ejercicio de la actividad turística debe verse comprendida entre las funciones de limitar o condicionar establecidas por la legislación analizada, por lo que avala el acuerdo adoptado por la comunidad.

El anterior razonamiento es el que se aprecia en el resto de las resoluciones emitidas por el centro directivo, considerando la doctrina autorizada acertado el mismo³⁸, pero, ahora bien, no todos los supuestos analizados son iguales, por lo que resulta interesante terminar exponiendo una última resolución, en concreto la emitida el 8 de junio de 2021, donde la DGSJFP delimita las posibilidades de actuación de las comunidades de vecinos al amparo de la regulación establecida por el RDL 7/2019. En concreto, se confirma la suspensión de la inscripción de un acuerdo modificativo de los estatutos de una comunidad, donde se aprobó en junta de propietarios mediante el sistema de mayoría de tres quintas partes de los propietarios, una prohibición que excedía de las posibilidades establecidas en el art. 17.12 LPH, ya que se pretendía prohibir el uso de cualquier piso como alquiler vacacional. En este sentido, recuerda expresamente el citado órgano que el precepto enjuiciado permite limitar o condicionar el alquiler turístico regulado como tal en las normativas correspondientes y, no otros tipos de alquileres vacacionales que tienen una finalidad distinta, por lo que para aprobar tal modificación se requería la unanimidad de todos los comuneros y no la mayoría de tres quintas partes.

2. Dentro de la facultad de limitación, cabe prohibir el ejercicio de la actividad.

Del análisis del contenido expuesto, ha quedado demostrado como consecuencia de la redacción otorgada al art. 17.12 LPH, se generaron enormes controversias derivadas del alcance de las facultades conferidas a las comunidades de vecinos. La pacificación de la cuestión no llegó hasta el 3 de octubre de 2024,

37 FUENTES LOJO-RIUS, A.: "Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico: comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm. 783, 2021, pp. 539 y ss.

38 CERDEIRA DE BRAVO MANSILLA, G.: "Cláusulas estatutarias limitativas de pisos turísticos según el art. 17.12 LPH: régimen de mayoría, cómputo de los ausentes no disidentes y posible eficacia frente a terceros. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 junio 2020 (BOE 10-7-2020)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 53, 2020, pp. 4 y ss.

cuando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo emitió dos resoluciones donde interpretó por primera vez la capacidad para limitar o condicionar el ejercicio de actividades de alquiler turístico en las comunidades sujetas al régimen de propiedad horizontal³⁹.

En este sentido procede exponer los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo, tomando como base la primera de las resoluciones emitidas, la STS 3 octubre 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4790), ya que la otra sentencia emitida el mismo día, reitera los mismos argumentos de fondo. Para comenzar su análisis el Alto Tribunal comienza recordando las sentencias analizadas anteriormente en el presente trabajo, donde se declaró que la actividad de alquiler de viviendas turísticas debía ser considerada como una actividad económica y, por ende, se podría ver incluida en las prohibiciones estatutarias donde se negara la posibilidad de desarrollar cualquier tipo de actividad profesional⁴⁰.

Posteriormente, recuerda el Tribunal Supremo que el derecho de propiedad tiene, como ya se ha expuesto también, una serie de límites y que en el ámbito del régimen de propiedad horizontal establecer restricciones a un comunero, con la finalidad de fomentar el interés general, siempre y cuando no se superen los límites previstos en el art. 1255 CC, afirmando al respecto en su fundamento jurídico cuarto que: “impedir el uso para alquiler turístico constituye una prohibición, que es legítima y que, por lo tanto, no cabe negar, dado que no altera el contenido esencial del derecho de propiedad. O, dicho de otra forma, las facultades de los propietarios, para definir el destino de sus pisos o locales, no son omnímodas, sino susceptibles de ser sometidas a límites tanto legales como convencionales. Ello es así, dado que la titularidad dominical de los comuneros no abarca una relación de pertenencia absoluta con facultades inquebrantables de gozar y disponer, puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido) que les corresponde y, específicamente, en el régimen de la propiedad horizontal”.

Precisado lo anterior, el Tribunal Supremo dedica el fundamento jurídico quinto de la sentencia referenciada a realizar un análisis del art. 17.12 LPH, al objeto de aclarar si el mismo permitía o no, que una comunidad de propietarios pudiera adoptar un acuerdo con una mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, que prohibiera el alquiler turístico en los pisos privativos. Para realizar tal actividad, comienza recordando el Alto Tribunal, un conocido precepto

39 SALAS CARCELLER, A.: “Alquiler de apartamentos turísticos. Una importante decisión del Tribunal Supremo que crea jurisprudencia (Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1.233/2024, de 3 de octubre). (Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1.233/2024, de 3 de octubre)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2024, pp. 6 y ss.

40 CERDEIRA DE BRAVO MANSILLA, G.: “Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos al amparo del art. 17.12 LPH: crónica (jurisprudencial) de una interpretación anunciada. (Comentario a las dos SSTs de 3 de octubre de 2024)”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 11, 2024, pp. 8 y ss.

del Código Civil, en concreto el art. 3.I donde se establece que la interpretación de las normas debe realizar según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Como es sabido, el citado precepto premia la interpretación de la norma en base a su finalidad y espíritu, situación que se recuerda expresamente en la sentencia objeto de análisis, aunque permite otras interpretaciones, como pudiera ser la literal. De hecho, como se ha expuesto, era precisamente este tipo de interpretación la que se realizaba por parte de la doctrina y de las Audiencias Provinciales para negar la posibilidad de vedar el ejercicio de las actividades turísticas mediante la redacción otorgada inicialmente al art. 17.12 LPH⁴¹. Por ello, el Tribunal Supremo también analiza desde un punto de vista semántica la expresión utilizada por el legislador cuando aludía a los acuerdos que *limiten o condicionen* la actividad de alquileres turísticos, considerando al respecto que: “según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ‘limitar’ no solo significa ‘poner límites a algo’, sino también, ‘fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien’. Es decir, la posibilidad de limitación conferida legalmente a las comunidades de propietarios de limitar la actividad de pisos turísticos en el inmueble puede suponer también su completa prohibición, que sería el máximo del límite”.

Adicionalmente se enmarcó el Alto Tribunal en la tarea de comprender la finalidad de la norma enjuiciada, recordando para ello la exposición de motivos del RDL 7/2019, ya expuesta anteriormente en el presente trabajo, donde queda meridianamente claro el interés del legislador de reducir el número de viviendas dedicadas a la actividad de alquiler turístico, al objeto de favorecer el alquiler de vivienda habitual. Por ello, considera que el legislador quiso incluir la actividad de prohibir el ejercicio de la actividad turística, cuando introdujo la posibilidad de limitar o condicionar el ejercicio de la misma mediante la adopción de un acuerdo con una mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación⁴².

Con anterioridad se introdujo también la nota de molestia que puede suponer para una comunidad de propietarios el ejercicio de la actividad de alquiler turístico en uno de los inmuebles, existiendo parte de la doctrina que negaba la misma de

41 CORVO LÓPEZ, F. M.: “Los esperados pronunciamientos del TS sobre la prohibición de destinar a uso turístico viviendas situadas en edificios ordenados en régimen de propiedad horizontal y otras resoluciones de interés dictadas por el Alto Tribunal en materia de propiedad horizontal en 2024”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 3, 2025, pp. 4 y ss.

42 VELA TORRES, P. J.: “Impugnación del acuerdo comunitario aprobado por una mayoría 3/5 de los propietarios que prohibió el ejercicio de actividad de apartamentos o alquileres turísticos”, *Diario la Ley*, núm. 10613, 2024, pp. 6 y ss.

forma anticipada, aludiendo que la misma debería ser probada en el caso concreto. Pues bien, el Tribunal Supremo también menciona esa situación, reforzando esa especie de presunción de molestia derivada del ejercicio de la actividad turística, considerando que el: “desarrollo de una actividad de tal clase puede generar molestias y perjuicios -de ahí la posibilidad de condicionarla o restringirla que nadie cuestiona, puesto que si se tratase de una actividad meramente inocua la modificación carecería de sentido- que la realidad social constata, especialmente en zonas de mayor incidencia turística, en las que el ocio difícilmente se concilia con el descanso de los ocupantes de las viviendas con fines residenciales, que son, en su caso, quienes adoptarán el acuerdo limitativo, siempre que reúnan la mayoría cualificada de los 3/5 del número de propietarios y cuotas de participación impuesta por la ley, que respeta la regla de la proporcionalidad de la medida en cuanto a los intereses en conflicto”.

En definitiva, cinco años después desde la entrada en vigor del RDL 7/2019, parecía que comenzaban a determinarse con exactitud el conjunto de facultades de las comunidades de vecinos en relación al ejercicio de la actividad de alquiler turístico por parte de alguno de sus comuneros, pero como se expondrá posteriormente, se ha producido recientemente una nueva modificación de calado al respecto.

Con anterioridad a realizar la tarea citada, procede no dar por concluso el presente apartado sin hacer referencia a otra norma que vuelve a poner de manifiesto la necesidad de limitar el alquiler de viviendas para fines turísticos, con la intención de aumentar las posibilidades habitacionales de las personas que la necesiten para el desarrollo de sus fines vitales, como ocurre con el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, dictado para cumplir con las exigencias comunitarias recientes al respecto⁴³.

La citada norma hace referencia a los alojamientos de corta duración, de entre los cuales se encuentra incluido el arrendamiento turístico de viviendas, como se establece en su art. 2 a). En concreto, a partir de su entrada en vigor,

43 Así lo expresa con claridad el preámbulo del citado texto legal: “si bien los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración crean muchas oportunidades para los huéspedes, los anfitriones y todo el ecosistema turístico, su rápido crecimiento ha suscitado preocupaciones, planteando retos como su contribución a la disminución del número de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración disponibles y al aumento de los precios de los alquileres y de la vivienda en general. La norma europea, partiendo de esa premisa, pretende afrontar el reto de la falta de información fiable sobre los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y, en concreto, garantizar que se cuenta con la identidad del anfitrión y el lugar donde se ofrecen dichos servicios o su duración. Todo ello dado que, la falta de dicha información dificulta que las administraciones puedan evaluar el impacto real de estos servicios y que consigan diseñar e implementar respuestas públicas adecuadas y proporcionadas”.

los arrendadores de este tipo de viviendas deberán obtener un número de registro, entendido este como el identificador único de una unidad expedido por el Registrador Bienes Muebles competente que permita la identificación del citado inmueble, el cual será inscrito en la nota marginal del folio de la vivienda en cuestión⁴⁴.

El número de registro obtenido, que deberá ser objeto de renovación de forma anual, debe ser comunicado por parte del arrendador a las plataformas en línea donde se publicite, al objeto de que tanto los potenciales turistas como los terceros, como pudieran ser los comuneros de la finca donde se va a ejercer esa actividad turística, conozcan que el inmueble cuenta con la habilitación nacional para poder realizar la misma. Además, el art. 6. g) del citado texto legal le impone la obligación de dar cumplimiento en un plazo de cuarenta y ocho horas desde la notificación a las resoluciones administrativas por las que se ordene la eliminación o inhabilitación del acceso a anuncios vinculados a un número de registro suspendido o retirado.

III. UN NUEVO CAMBIO DE GUIÓN: LA AUTORIZACIÓN DEL ALQUILER TURÍSTICO.

Una vez expresado el anterior rompecabezas jurídico consistente en delimitar las facultades con las que cuentan las comunidades de propietarios para combatir la proliferación de alquileres turísticos en viviendas sujetas al régimen de propiedad horizontal, debe precisarse que muy recientemente, se ha producido un nuevo giro de guion por parte del legislador dirigido una vez más, a proteger el mercado de la vivienda que se encuentra cada vez más comprometido como consecuencia del destino turístico que gran cantidad de arrendadores quieren dar a sus viviendas vacías⁴⁵.

En efecto, es el momento de hacer referencia a la reforma en la LPH producida como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. De forma concreta en relación con el objeto del presente trabajo, la citada norma produce una modificación importante en la redacción del tal polémico art. 17.12 LPH, donde recuérdese, se permitía a las comunidades propietarios limitar o condicionar el

44 MATAS BENDITO, M.: "La calificación del registrador de la propiedad en el procedimiento del registro único de arrendamientos: el requisito habilitante necesario para el destino conforme al uso previsto en la ordenación autonómica o local aplicable", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 133, 2025, pp. 25 y ss.

45 Evidentemente existen otros factores que han provocado la disminución de la oferta de viviendas disponibles para el alquiler de larga duración, tanto sociales, como legislativos. Sobre la incidencia de los límites a las rentas obtenidas en el alquiler, resulta interesante la obra de PONCE SOLÉ, J.: "La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero de 2025, sobre la Ley estatal por el derecho a la vivienda: los límites legales a los precios de alquiler son constitucionalmente posibles como defensa del derecho a la vivienda del art. 47 de la Constitución", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 376, 2025, pp. 21 y ss.

ejercicio de la actividad de alquileres turísticos, mediante un acuerdo por parte de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

La actual redacción del citado precepto introduce ahora una suerte de nuevas expresiones que modifican de forma sustancial la anterior redacción, concretamente, se alude a que se puede adoptar un acuerdo expreso, que *apruebe*, limite, condicione o *prohíba* el alquiler turístico en las viviendas sujetas al régimen de propiedad horizontal, independientemente de que suponga una modificación del título constitutivo o de los estatutos, siempre y cuando se cuente con la mayoría que se incluía en la anterior redacción. Además, se mantiene también la previsión en relación con el establecimiento de cuotas especiales de participación con el límite del 20%, puntualizando eso sí, que cualquiera de los acuerdos de los permitidos que se adopte por la comunidad de propietarios, no puede tener carácter retroactivo.

Se observa que el legislador introduce dos nuevas posibilidades que pueden establecer las comunidades de propietarios mediante acuerdo en junta, como son las de aprobar o prohibir el alquiler turístico. Dejando aparcada puntualmente la posibilidad de aprobar, si debe hacerse una breve referencia a la facultad prohibitiva. La misma, puede considerarse un intento del legislador de dar por concluido el debate que se produjo con la anterior regulación, donde como se ha visto, hasta el 3 de octubre de 2024, donde el Tribunal Supremo consideró que dentro de la expresión limitar, deben incluirse las facultades de prohibición, se generó un enorme debate tanto doctrinal como jurisprudencial.

La segunda gran novedad viene precisamente por las facultades aprobatorias a las que aludían anteriormente. Así, se añade un apartado nuevo al art. 7 LPH, en concreto el tercero, donde se establece que el propietario de una vivienda sita en un régimen de propiedad horizontal que desee dedicar la misma a fines turísticos de los analizados en el presente trabajo, deberá contar con una previa aprobación expresa por parte de la comunidad de propietarios, aprobación que como se ha expuesto con anterioridad, debe contar con el voto favorable las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Debe precisarse que no supone en el Derecho español una solución legislativa completamente desconocida, ya que como se mencionó anteriormente, existe una importante falta de armonía en el conjunto de legislaciones turísticas por parte de las comunidades autónomas, provocando la creación de un estatuto jurídico diferenciado en el ejercicio de las actividades turísticas en inmuebles sitos en los regímenes de propiedad horizontal, debiendo citarse en este aspecto en concreto, la legislación turística existente en las Islas Baleares, donde desde la

aprobación de la Ley 8/2012 de Turismo de las Illes Balears se exige el acuerdo adoptado por las comunidades de propietarios donde se permita el ejercicio de la actividad turística, como título habilitante de comprobación administrativa para el ejercicio de la citada actividad⁴⁶.

Ahora bien, como se expuso con anterioridad, dentro incluso de una propia comunidad autónoma, pueden existir medidas más restrictivas o más beneficiosas para el ejercicio de alquileres turísticos, debiendo destacar el presente autor, que la reciente aprobación el día 11 de abril de 2025, por parte del actual gobierno balear del Decreto Ley de contención turística con la prohibición de nuevas plazas en viviendas plurifamiliares, va a provocar una importante controversia, ya que entre las diferentes medidas adoptadas, se ha establecido una estabilización legislativa de cerca de 90.000 viviendas turísticas que en base a la anterior normativa, no se podían transferir, debido a que no reunían los requisitos legales para el ejercicio de la citada actividad.

Realizado el anterior apunte, si resulta necesario profundizar en la necesidad de aprobación expresa que se establece en el art. 7.3 LPH. Así, parece que el legislador nacional quiere reorganizar el caos autonómico existente, incluyendo un requisito propio del Derecho Civil, determinante para poder desarrollar la actividad turística enjuiciada⁴⁷. Se trata evidentemente de un cambio significativo que altera el espíritu de la norma, ya que, hasta el presente momento, solo se establecía la posibilidad de que las comunidades de propietarios pudieran prohibir la actividad mediante alguna de las vías analizadas, pero la misma, podría desarrollarse libremente si no contaba con la restricción estatutaria pertinente, ya que como se ha visto, no toda restricción podría provocar que se desarrollara el ejercicio de la actividad turística.

De hecho este cambio de paradigma, puede provocar que se considerara que con carácter general, desde la entrada en vigor de la regulación mencionada, la actividad turística en las viviendas sitas al régimen de propiedad horizontal, se encuentran prohibidas de forma expresa, sin necesidad de que la junta de propietarios emita ninguna votación al respecto, desprendiéndose del tradicional problema jurídico relacionado con la mayoría necesaria para adoptar el tan discutido acuerdo de naturaleza prohibitoria. Por ello, plantea la doctrina que ha acaecido en nuestro sistema una especie de "presunción legal con carácter *iuris tantum*"⁴⁸, que permitirá al comunero dedicar su vivienda al destino analizado,

46 VIDAL MARTÍN, E. y ARMIÑANA GONZÁLEZ, C.: "Cómo regulan las comunidades autónomas el plazo del alquiler turístico", *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 193, 2025, pp. 6 y ss.

47 REY MUÑOZ, F. J.: "El nuevo escenario del alquiler turístico tras la modificación de la Ley sobre Propiedad Horizontal", *Diario la Ley*, núm. 10659, 2025, pp. 3 y ss.

48 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "De vuelta sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: ¿Reforma o contrarreforma? ¿Otra vuelta de tuerca, o una vuelta al redil?", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2025, p. 108.

siempre y cuando demuestre que cuenta con el voto favorable las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación o, claro está, se podrá eximir de demostrar la existencia de dicho acuerdo si la actividad se encuentra permitida expresamente en los estatutos o título constitutivo del régimen de propiedad horizontal.

En el caso que un comunero ejerza la actividad turística sin contar con el permiso expreso que se requiere en la actualidad, se establecen una serie de precisiones específicas en relación con el ejercicio de la acción de cesación. Como se analizó anteriormente, a través de esta acción se habilitaba a las comunidades de propietarios para solicitar a los tribunales de justicia que impidieran el ejercicio de actividades molestas, insalubres, peligrosas o ilícitas desarrolladas por algún propietario, pero, ahora bien, debiendo probar que la actividad turística provocaba alguna de estas consecuencias indeseables en los elementos comunes del inmueble. Sin embargo, esto ya no es necesario en la actualidad.

En concreto, se ha introducido un párrafo segundo en el art. 7.3 LPH donde se establece que el presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá al propietario que realice la actividad turística sin contar con el permiso expreso de la misma, el cese inmediato de la actividad, apercibiéndole de que, en caso contrario, se podrán ejercitar las acciones judiciales correspondientes. En este caso, en el ejercicio de la acción de cesación, bastará acreditar la ausencia de permiso expreso y en el caso de que se estimara la presunción comunitaria, la sentencia podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad.

A pesar de que la actual reforma puede decirse que ha sido acogida por las comunidades de propietarios como positiva, ya que se supone producirá en la práctica una frecuente restricción al establecimiento de viviendas turísticas por parte de los comuneros que soliciten la autorización⁴⁹, lo cierto es que existen una serie de aspectos controvertidos que provocarán una importante contienda jurídica próximamente. En concreto, se puede destacar la irretroactividad de la modificación analizada y la posibilidad de que existan dentro de una misma comunidad de propietarios, acuerdos arbitrarios de autorización expresa de la actividad turística.

49 Por poner un ejemplo de estas reacciones positivas, se puede citar la localidad de origen del presente autor, como es Cáceres, una ciudad declarada patrimonio de la humanidad y, que, por ende, se encuentra sometida a una constante actividad turística. De hecho, según los datos oficiales, en Cáceres se concentran el 70% de los pisos turísticos existentes en la comunidad autónoma de Extremadura. Consúltase al respecto: <https://www.elperiodicoextremadura.com/caceres-local/2025/04/13/comunidades-vecinos-aliviadas-reforma-pisos-116350600.html>, (visto el 14 de abril de 2025).

En relación con el primero de ellos, debe recordarse que la actual redacción del art. 17.12 LPH establece expresamente que los acuerdos relativos a la aprobación o prohibición de la actividad analizada no pueden tener carácter retroactivo. En principio, esta mención debe entenderse que hace referencia a las situaciones donde la actividad turística se viniera ejerciendo con anterioridad al momento de aplicación de la norma, por lo que estos comuneros, no deberán solicitar la aprobación expresa, aunque seguirán vinculados a la posibilidad de que la comunidad de propietarios prohíba el ejercicio de la actividad con la mayoría de tres quintos referida. Ahora bien, ¿qué ocurrirá con los propietarios de un inmueble que cuando lo adquirieron, tenían pensando dedicar la actividad turística el mismo?

La respuesta a la mencionada cuestión, sin duda, provocará diferentes interpretaciones. De hecho, de forma anticipada parte de la doctrina ya aporta una solución al conflicto, entendiendo que no se les debe aplicar la restricción introducida y aplicable desde el 3 de abril de 2025, por lo que, cualquier propietario que hubiera adquirido una vivienda con anterioridad, no necesitaría solicitar la autorización previa a la comunidad de vecinos⁵⁰. Ahora bien, a pesar de es perfectamente defendible tal interpretación, lo cierto es que la *ratio legis* de la norma, no parece ser conforme a tal interpretación, tal y como ocurría con la reforma que se introdujo por el RDL 7/2019, por lo que, podría interpretarse de forma anticipada que el permiso por parte de la comunidad de propietarios, también será necesario para aquellos propietarios de viviendas adquiridas con anterioridad al 3 de abril del año 2025, que no vinieran ejerciendo con anterioridad la analizada actividad turística.

En último lugar, también sin duda resultarán controvertidos las posibles situaciones que pueden provocarse en la práctica diaria de las comunidades de vecinos, donde puede ocurrir que se autorice el permiso solicitado por un comunero y, en cambio, se deniegue el permiso solicitado por otro propietario, entendiéndose ambos que se solicitan para el desarrollo de los alquileres turísticos. En el caso de que ocurrieran estas situaciones, podrían producirse situaciones de abuso del derecho por parte de las comunidades de propietarios y, por ende, deberán intentarse darse soluciones idénticas a peticiones que también reúnan la misma solicitud⁵¹.

50 FUENTES-LOJO RIUS, A.: "Últimas novedades legales sobre viviendas de uso turístico en comunidades de propietarios de la facultad de prohibir a la necesidad de autorización previa", *Diario La Ley*, núm. 10666, 2025, pp. 2 y ss.

51 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, (coord. por M. GARCÍA MAYO) Reus, Madrid, 2018, pp. 336 y ss.

Sobre esta última cuestión, se debe precisar que quizás hubiera sido correcto introducir la necesidad de motivación de la denegación o autorización de los permisos solicitados por parte de la comunidad de propietarios, al objeto de provocar un aumento de la seguridad jurídica para los futuros comuneros que decidan plantear a votación el ejercicio de la actividad de alquiler turístico. La falta de motivación de la decisión afirmativa o negativa por parte de la junta de propietarios puede provocar el afloramiento de decisiones arbitrarias que darán lugar, a una importante fuente de litigiosidad al respecto.

IV. REFLEXIÓN FINAL.

A lo largo del presente trabajo se ha expuesto el régimen jurídico del alquiler turístico en inmuebles privativos sujetos a un régimen de propiedad horizontal, resultando necesario realizar una serie de consideraciones finales al respecto. Parece evidente que los alquileres turísticos suponen una serie de inconvenientes para las comunidades de vecinos donde se ejercen, resultando por ello bastante comprensible, el interés de las mismas en limitar el desarrollo de la actividad. De forma tradicional, las comunidades de propietarios han podido reaccionar frente al desarrollo de actividades molestas para el interés general mediante el instrumento de la acción de cesación del art. 7 LPH, instrumento que podía amparar a las mismas, para conseguir la cesación de la actividad turística molesta, eso sí, demostrando en el proceso judicial correspondiente tal situación negativa para el resto de comuneros.

De hecho, parte de la doctrina siempre ha considerado que precisamente esa acción de cesación era el mecanismo idóneo para conseguir limitar la actividad de alquiler turístico, ya que, a su juicio, otras alternativas como pudiera ser la prohibición establecida en junta de propietarios por una mayoría distinta a la unanimidad, supondría establecer una verdadera limitación del conocido como derecho real pleno por antonomasia, es decir, el derecho de propiedad. Ahora bien, con el transcurrir del tiempo, el legislador observando la situación del crecimiento descontrolado de los alquileres turísticos, decidió con notable acierto, permitir precisamente la situación que negaba parte de esa doctrina, introduciendo a través del RDL 7/2019, una reforma en la LPH, en concreto, introduciendo un apartado de nuevo cuño en el art. 17. Así, el mencionado art. 17.12 LPH en su primera redacción permitió limitar o condicionar los alquileres turísticos mediante un acuerdo adoptado con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

A pesar de que parte de la doctrina siguió esforzándose en negar la validez del citado acuerdo adoptado sin unanimidad, lo cierto es que realizar una interpretación contraria, hubiera significado que la nula aplicación práctica del nuevo precepto y,

como no, totalmente equivocada en relación al sentir reflejado por el legislador. Más allá de discusiones semánticas sobre el alcance de la expresión limitar, lo cierto es que el legislador quería permitir a las comunidades de propietarios la prohibición de la actividad turística mediante un acuerdo adoptado de forma flexible, que exigiendo la tradicional regla de la unanimidad, como sigue estableciendo el art. 17.6 LPH para ciertas modificaciones en concreto.

Aunque el debate originado acabó con STS 3 octubre 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4790), lo cierto es que legislador nacional ha decidido aumentar de forma notable las competencias de la comunidad de propietarios, ya que, en la actualidad serán las mismas, las que deban autorizar el ejercicio de la actividad turística por medio de la mayoría anteriormente indicada. Por ello, ya no solo tendrán la capacidad de prohibir la actividad, si no que directamente funcionan como habilitadores de la actividad, de forma que como ha expuesto parte de la doctrina, se ha establecido una suerte de presunción *iuris tantum* de prohibición del alquiler turístico.

Aunque evidentemente desde un punto de vista social, solamente se pueden aplaudir los aspectos positivos derivados de la actual regulación, centrada en la evitación de molestias a las comunidades de propietarios y en provocar un aumento de la oferta del alquiler de larga temporada, lo cierto es que la actual regulación establecida mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, no se puede considerar completa. En concreto debe apuntarse la situación en la que quedarán los propietarios de viviendas que la adquirieron antes del 3 de abril de 2025, pero que todavía no han iniciado la actividad turística, y las posibles situaciones arbitrarias de concesión de permisos para el ejercicio del alquiler turístico.

Esas dos últimas cuestiones, constituirán a juicio del presente autor, dos fuentes judiciales de conflictos que provocarán de nuevo el afloramiento de intensas posiciones encontradas en un tema de especial sensibilidad, como es el relativo a los alquileres turísticos en inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal.

BIBLIOGRAFÍA

BERENGUER ALBALADEJO, C.: "Cláusulas estatutarias limitativas o prohibitivas de ciertos usos en elementos privativos y alquiler de vivienda turística", en AA.VV.: *Derecho del turismo colaborativo*, (coord. por H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO) Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

BUSTO LAGO, J. M.: "Arrendamientos para uso turístico y propiedad horizontal: los recelos llegan a la Sala de lo Civil", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 10, 2024.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2018.

CAICEDO CAMACHO, N.: "Los desahucios por impago de alquiler: propuestas para hacerles frente", en AA.VV.: *Regular los alquileres: la lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, (coord. por A. NOGUERA FERNÁNDEZ) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CAMPUZANO TOMÉ, H.: "Mecanismos en defensa de las comunidades de propietarios frente a las actividades molestas y los daños derivados del uso turístico", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, (coord. por J. ATAZ LÓPEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.:

- "Cláusulas estatutarias limitativas de pisos turísticos según el art. 17.12 LPH: régimen de mayoría, cómputo de los ausentes no disidentes y posible eficacia frente a terceros. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 junio 2020 (BOE 10-7-2020)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 53, 2020.
- "Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, (coord. por M. GARCÍA MAYO) Reus, Madrid, 2018.
- "De vuelta sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: ¿Reforma o contrarreforma? ¿Otra vuelta de tuerca, o una vuelta al redil?", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2025.
- "Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho", en *Revista de Derecho Privado*, año 102, 2018.

- "Cláusulas estatutarias limitativas de pisos turísticos según el art. 17.12 LPH: régimen de mayoría, cómputo de los ausentes no disidentes y posible eficacia frente a terceros. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 junio 2020 (BOE 10-7-2020)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 53, 2020.
- "Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 119, 2024.
- "Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos al amparo del art. 17.12 LPH: crónica (jurisprudencial) de una interpretación anunciada. (Comentario a las dos SSTs de 3 de octubre de 2024)", *Revista Actualidad Civil*, núm. 11, 2024.

COSTAS DE VICENTE, B.: "Actividades molestas en las viviendas de uso turístico", *Propiedad horizontal: cuaderno jurídico*, núm. 352, 2022.

CORVO LÓPEZ, F. M.: "Los esperados pronunciamientos del TS sobre la prohibición de destinar a uso turístico viviendas situadas en edificios ordenados en régimen de propiedad horizontal y otras resoluciones de interés dictadas por el Alto Tribunal en materia de propiedad horizontal en 2024", *Revista Actualidad Civil*, núm. 3, 2025.

DE LA ENCARNACIÓN, A. M.: "Las cicatrices de la vivienda turística: reducción del mercado residencial inmobiliario y encarecimiento de precios", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 20, 2023.

DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L.: "¿Puede prohibirse el alquiler turístico por acuerdo de la comunidad de propietarios?, ¿Cuál es la mayoría necesaria?", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 51, 2024.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *La Ley 17/2021 sobre Régimen Jurídico de los Animales comentario y aplicación práctica*, Reus, Madrid, 2022.

FERRER GUARDIOLA, J. A.: *El régimen de la vivienda de uso turístico como manifestación de la Nueva Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

FUENTES LOJO-RIUS, A.:

- "Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico: comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm. 783, 2021.

- “El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.
- “Últimas novedades legales sobre viviendas de uso turístico en comunidades de propietarios de la facultad de prohibir a la necesidad de autorización previa”, *Diario La Ley*, núm. 10666, 2025.

GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R.: “Acciones y estrategias para afrontar las deudas de morosos en las comunidades de propietarios como consecuencia de la necesidad de asumir derramas extraordinarias para la conservación, mantenimiento y rehabilitación del inmueble”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2025.

GERALDINE BETHENCOURTH, R.: “La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: “Hitos relevantes en la jurisprudencia y la doctrina registral sobre viviendas de uso turístico y alquileres vacacionales”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 51, 2024.

HERNÁNDEZ MANZANARES, A.: “Doctrina jurisprudencial sobre los pisos turísticos”, *Diario la Ley*, núm. 10605, 2024.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. J.: “Alquiler turístico. Posibilidad de prohibir el alquiler vacacional. Mayorías necesarias para adopción de acuerdos de limitación”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 258, 2022.

HOWARD, A.: “La problemática del alojamiento turístico en los edificios en propiedad horizontal”, *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, núm. 12, 2024.

JIMÉNEZ SALCEDO, M. C.: “Las limitaciones al derecho de la propiedad. La inmisión como criterio de limitador de las relaciones de vecindad”, en AA.VV.: *Temas actuales de Derecho Privado III* (coord. por M. A. BLANDINO GARRIDO) Aranzadi, Cizur Menor, 2024.

LÓPEZ FRÍAS, M^a. J.: “Una aproximación a las viviendas con finalidad turística desde el punto de vista urbanístico y desde la perspectiva de las comunidades de propietarios”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, núm. 4, 2020.

MAGRO SERVET, V.: “Consideraciones jurídicas sobre la pretensión de prohibición del alquiler vacacional en una comunidad de propietarios”, *Diario la Ley*, núm. 10567, 2024.

MANSO MARTÍN, L. y GARCÍA RUÍZ-ESPIGA, A.: “Problemas de escalera: ¿puede la junta de propietarios prohibir que un vecino alquile su piso como vivienda turística?”, *Diario la Ley*, núm. 10175, 2022.

MARTÍN PACIENTE, M.: “La prohibición de apartamentos turísticos en comunidades de propietarios (comentario a las SSTS 5199/2023 y 5197/2023 de 27 y 29 de noviembre)”, *Revista General de Derecho del Turismo RGDT*, núm. 9, 2024.

MARTOS CLABRÚS, M^a. A.: “Comunidad de propietarios y viviendas de uso turístico”, *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol. 6, núm. 18, 2021.

MATAS BENDITO, M.: “La calificación del registrador de la propiedad en el procedimiento del registro único de arrendamientos: el requisito habilitante necesario para el destino conforme al uso previsto en la ordenación autonómica o local aplicable”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 133, 2025.

MORAL MORO, M^a. J.: “Ineficacia practica de los procesos civiles ante los problemas de convivencia vecinal ocasionados por los inquilinos de viviendas turísticas”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 31, 2022.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: “Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: status quaestionis y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 95, núm. 775, 2025.

ORTIZ RAMÍREZ, J.: “La problemática de las viviendas de uso turístico, con especial atención en las comunidades de propietarios”, *Propiedad horizontal: cuaderno jurídico*, núm. 358, 2023.

PONCE SOLÉ, J.: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero de 2025, sobre la Ley estatal por el derecho a la vivienda: los límites legales a los precios de alquiler son constitucionalmente posibles como defensa del derecho a la vivienda del art. 47 de la Constitución”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 376, 2025.

REY MUÑOZ, F. J.: “El nuevo escenario del alquiler turístico tras la modificación de la Ley sobre Propiedad Horizontal”, *Diario la Ley*, núm. 10659, 2025.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.:

- “Acuerdos para el establecimiento de prohibiciones en los estatutos de propiedad horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2021.

- “El acuerdo de prohibición de los arrendamientos turísticos en la propiedad horizontal a través de la jurisprudencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 100, núm. 807, 2025.

SALAS CARCELLER, A.:

- “Alquiler de apartamentos turísticos. Una importante decisión del Tribunal Supremo que crea jurisprudencia (Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1.233/2024, de 3 de octubre). (Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1.233/2024, de 3 de octubre)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.10, 2024.
- “Problemática de los arrendamientos turísticos en el ámbito de las comunidades de propietarios. Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1671/2023, 29 de noviembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2024.

TXASKO GALARRAGA, M.: “Viviendas de uso turístico y vías actuación de la comunidad de propietarios”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año 17, 2022.

VAQUER CABALLERÍA, M.: “La vivienda como función social y la rentabilidad como contenido esencial de la propiedad”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 55, 2025.

VELA TORRES, P. J.:

- “Impugnación del acuerdo comunitario aprobado por una mayoría 3/5 de los propietarios que prohibió el ejercicio de actividad de apartamentos o alquileres turísticos”, *Diario la Ley*, núm. 10613, 2024.
- “La prohibición en los estatutos comunitarios de la realización de actividad económica en las viviendas comprende su alquiler para uso turístico”, *Diario la Ley*, núm. 10456, 2024.

VIDAL MARTÍN, E. y ARMIÑANA GONZÁLEZ, C.: “Cómo regulan las comunidades autónomas el plazo del alquiler turístico”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 193, 2025.

VERSO UN DIRITTO PRIVATO SOSTENIBILE: IL
CONTRATTO TRA FUNZIONE ECONOMICA E
RESPONSABILITÀ AMBIENTALE

*TOWARDS A SUSTAINABLE PRIVATE LAW: THE CONTRACT
BETWEEN ECONOMIC FUNCTION AND ENVIRONMENTAL
RESPONSIBILITY*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 280-307

Giuseppe
TRAPANESE

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

SINTESI: Il presente contributo analizza l'impatto del principio dello sviluppo sostenibile sugli istituti tradizionali del diritto privato, con particolare riferimento alla disciplina contrattuale. Viene proposto un ripensamento della funzione del contratto in chiave ecologica, in grado di rispondere alle sfide ambientali contemporanee. Il contratto ecologico emerge come nuovo paradigma relazionale, orientato alla tutela dei beni comuni e delle generazioni future.

PAROLE CHIAVE: Sviluppo sostenibile; contratto ecologico; diritto civile dell'ambiente.

ABSTRACT: *This paper examines the impact of the principle of sustainable development on the traditional institutions of private law, with particular focus on contract law. It proposes a rethinking of the function of contracts through an ecological lens, capable of addressing contemporary environmental challenges. The ecological contract emerges as a new relational paradigm, aimed at protecting common goods and future generations.*

KEY WORDS: *Sustainable development; ecological contract; environmental civil law.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. L'AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI SOSTENIBILITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE, EUROPEO E NAZIONALE.- III. VERSO UN DIRITTO CIVILE DELL'AMBIENTE: PRINCIPI, STRUMENTI E PROSPETTIVE.- IV. SVILUPPO SOSTENIBILE E CONFORMAZIONE DEL CONTRATTO.- V. IL CONTRATTO ECOLOGICO: VERSO UNA NUOVA FUNZIONE ECONOMICO-AMBIENTALE?.- VI SOSTENIBILITÀ E AUTONOMIA PRIVATA.

I. PREMESSA.

Il presente contributo si propone di indagare in che modo l'evoluzione del principio dello sviluppo sostenibile stia incidendo in maniera sempre più rilevante non soltanto sulle politiche pubbliche, ma anche sull'impianto strutturale degli istituti tradizionali del diritto privato. In particolare, tale principio impone una rilettura sistematica di categorie consolidate alla luce di un rinnovato approccio funzionale ed ecologico.

Originariamente affermatosi nel contesto del diritto internazionale e comunitario come risposta alle sfide ambientali emerse nel corso del XX secolo, lo sviluppo sostenibile ha progressivamente acquisito rilevanza anche nei rapporti tra privati con implicazioni significative per la disciplina dei tradizionali istituti del diritto civile quali la proprietà e i contratti.

E così, la proprietà, tradizionalmente concepita come diritto individuale ed esclusivo, viene oggi reinterpretata come strumento per la gestione responsabile e solidale delle risorse naturali, secondo una logica di sostenibilità ambientale e intergenerazionale. In parallelo, anche il contratto evolve verso una configurazione "ecologica", diventando un mezzo per promuovere la gestione sostenibile e la tutela degli interessi delle generazioni future.

In tale prospettiva, la sostenibilità non rappresenta solo un'occasione per rivedere le categorie tradizionali del diritto privato, ma costituisce un elemento cruciale per il ripensamento complessivo delle stesse. Questo processo ha portato a interrogarsi sul ruolo concreto da assegnare al giudizio di sostenibilità, nonché al suo opposto (insostenibilità).

II. L'AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI SOSTENIBILITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE, EUROPEO E NAZIONALE.

Il principio dello sviluppo sostenibile è contrassegnato per la sua natura complessa e multidimensionale, volta a conciliare esigenze solo apparentemente

• Giuseppe Trapanese

Doctorando de Derecho Privado, Università degli Studi di Napoli Federico II. Correo electrónico: giuseppe.trapanese@unina.it.

contrapposte: da un lato, la necessità di uno sviluppo economico per rispondere ai bisogni delle generazioni presenti; dall'altro, il dovere di tutelare l'ambiente e di preservare le risorse naturali per garantire il benessere delle generazioni future.

Inizialmente percepito come un paradigma vago e caratterizzato da "tensioni antinomiche"¹ tra istanze di progresso e vincoli ambientali, attualmente esso è riconosciuto come un principio fondamentale, capace di armonizzare obiettivi di crescita economica con imperativi di salvaguardia ecologica.

Si tratta, in effetti, di una delle nozioni più complesse e discusse del panorama giuridico contemporaneo, in quanto si colloca all'intersezione di ambiti disciplinari eterogeni, dall'economia all'ecologia, dal diritto alla sociologia.

La sua complessità risiede proprio nella capacità di includere in sé dimensioni apparentemente in conflitto, come quella economica e quella ecologica, nella ricerca costante di un equilibrio dinamico che contemperi le esigenze delle generazioni presenti con i diritti di quelle future.

Sul piano giuridico, il principio dello sviluppo sostenibile ha progressivamente assunto una posizione centrale sia a livello internazionale che nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea, affermandosi come criterio guida nella definizione delle politiche pubbliche e nella predisposizione di strumenti normativi volti alla regolazione dell'uso delle risorse naturali e alla tutela dell'ambiente.

Nel diritto internazionale, esso viene spesso invocato come un principio trasversale, dotato di una forte capacità pervasiva e idoneo a influenzare ambiti eterogenei dell'ordinamento, dal diritto ambientale al diritto commerciale, sino al diritto privato, con implicazioni dirette sui contratti, sugli obblighi di responsabilità e sui diritti individuali in una prospettiva intergenerazionale e solidaristica.

Numerosi, infatti, sono stati gli accordi e i documenti che hanno avuto ad oggetto il tema in esame in un primo momento focalizzandosi esclusivamente sulla problematica ambientale per poi estendersi anche alla dimensione sociale ed economica².

1 PENNASILICO, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", in *Rassegna di diritto civile*, 4, 2016, p. 1292.

2 L'evoluzione del concetto di sviluppo sostenibile ha conosciuto diverse tappe significative a partire dalla Conferenza di Stoccolma del 1972, primo incontro globale sulle tematiche ambientali, che portò alla proclamazione della Dichiarazione sull'ambiente umano. Una svolta concettuale si ebbe con il Rapporto Brundtland (1987), che fornì la prima definizione di sviluppo sostenibile e introdusse i concetti di bisogni essenziali e limiti ambientali. La Conferenza di Rio del 1992 consolidò tali principi con la Dichiarazione di Rio su Ambiente e Sviluppo e l'adozione del principio di precauzione, nonché con l'Agenda 21, programma d'azione per la sostenibilità su scala globale. Seguirono il Protocollo di Kyoto (1997), che stabilì obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni climateranti, e il Vertice di Johannesburg (2002), che enfatizzò la dimensione sociale dello sviluppo sostenibile. Ulteriori sviluppi si registrarono con Rio+20 (2012), in cui fu promosso il concetto di *green economy*, e con l'adozione dell'Agenda 2030 (2015), che ha fissato 17 obiettivi globali di sviluppo sostenibile (SDGs). Nello stesso anno, l'Accordo di Parigi (COP21) ha segnato

Nel contesto comunitario, l'Unione Europea ha progressivamente integrato il principio di sviluppo sostenibile nelle sue politiche, considerando la sostenibilità non solo come un obiettivo da raggiungere, ma come un metodo per strutturare le azioni legislative e amministrative³. Tale approccio si è palesato con il *Green Deal* Europeo che propone una trasformazione radicale delle economie degli Stati membri per raggiungere la neutralità climatica entro il 2050, affermando così il principio della sostenibilità quale elemento portante della costruzione europea⁴.

I singoli ordinamenti nazionali, in risposta agli obblighi derivanti dal diritto internazionale e dall'*acquis* dell'Unione Europea, hanno progressivamente adottato misure legislative e regolamentari volte a concretizzare i principi dello sviluppo sostenibile. Tali interventi si sono tradotti, tra l'altro, nell'elaborazione di strategie normative per la gestione responsabile delle risorse naturali, nella definizione di obiettivi di decarbonizzazione e nella promozione di modelli economici improntati alla circolarità e all'efficienza ambientale.⁵

un passo cruciale nella lotta ai cambiamenti climatici, impegnando i paesi firmatari a limitare l'aumento della temperatura globale sotto i 2°C rispetto ai livelli preindustriali, con l'obiettivo preferenziale di contenerlo entro 1,5°C.

- 3 Il percorso di integrazione del principio di sviluppo sostenibile nell'ordinamento dell'UE ha avuto inizio con l'Atto Unico Europeo (1987), che ha introdotto una base giuridica esplicita per la politica ambientale nel Trattato di Roma (Titolo VII), sancendo i principi di prevenzione, precauzione, "chi inquina paga", integrazione e sussidiarietà. Il Trattato di Maastricht (1992) ha per la prima volta inserito lo sviluppo sostenibile tra gli obiettivi della Comunità, mentre il Trattato di Amsterdam (1999) ha imposto l'integrazione della tutela ambientale in tutte le politiche settoriali. Con il Trattato di Lisbona (2007), lo sviluppo sostenibile è divenuto una delle priorità fondamentali dell'UE, anche in ambito di azione esterna, e l'Unione ha ottenuto personalità giuridica per concludere accordi internazionali.
Tra le disposizioni primarie di rilievo si segnalano: l'art. 3 TUE, che afferma l'impegno dell'UE per lo sviluppo sostenibile interno (par. 3) e globale (par. 5); l'art. 21 TUE, che include tale principio nelle finalità della politica estera; l'art. 37 della Carta dei Diritti Fondamentali, che impone un elevato livello di tutela ambientale coerente con lo sviluppo sostenibile; l'art. 11 TFUE, che richiede l'integrazione degli obiettivi ambientali nelle altre politiche dell'Unione; e l'art. 191 TFUE, che definisce finalità e principi della politica ambientale europea.
Accanto ai trattati, l'UE ha adottato numerose strategie e strumenti attuativi, tra cui il *Green Deal* Europeo (2019), il Piano d'Azione per l'Economia Circolare (2020) e il pacchetto Fit for 55 (2021), volto alla riduzione delle emissioni del 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.
- 4 *L'European Green Deal* è un programma presentato dalla Commissione europea l'11 dicembre 2019, che consiste nello svolgimento di iniziative e nella realizzazione di politiche ambientali comunitarie. Precisamente, come si legge nella Comunicazione del programma, COM(2019)640 final, Bruxelles, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni si tratta di una, "nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse". Sul punto, si v. IANNELLA, M.: "*L'European Green Deal* e la tutela costituzionale dell'ambiente", in *federalismi.it*, p. 171 ss.
- 5 L'economia circolare è una visione alternativa al modello economico lineare tradizionale ("prendi, usa e getta") che prevede l'uso delle risorse, la loro trasformazione in beni e la produzione di rifiuti; a differenza di quest'ultimo, l'economia circolare si concentra sul recupero e il riutilizzo dei materiali che vengono riutilizzati in nuove produzioni. Sul tema dell'economia circolare si vedano, *ex multis*: PENNASILICO, M.: "Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità", in *Pers. e merc.*, 4, 2021, p. 711 ss.; MELI, M.: "Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare", in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 63 ss.; DE LONARDIS, F.: "Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?", in *Dir. amm.*, 1, 2017, p. 163 ss.; Id. (a cura di), "Studi in tema di economia circolare", Macerata, 2019; COCCONI, M.: "Un diritto per l'economia circolare", in *Dir. econ.*, 3, 2019, p. 113 ss.; FERRARA, R.: "Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente", in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 801 ss.

In Italia, l'integrazione di questi principi si è progressivamente sviluppata attraverso una serie di riforme legislative e regolamentari, culminando nella legge costituzionale n. 1 del 2022, che ha modificato gli art. 9 e 41 della Costituzione, con la quale è stata introdotta "una chiara dimensione ambientale nella nostra Costituzione, in linea con l'evoluzione di una sensibilità che si fonda sulla necessità di preservare il contesto naturale nel quale viviamo e di cui siamo parte"⁶.

III. VERSO UN DIRITTO CIVILE DELL'AMBIENTE: PRINCIPI, STRUMENTI E PROSPETTIVE.

Lo sviluppo sostenibile, pur essendo nato nell'ambito delle politiche pubbliche e del diritto internazionale, esercita oggi un'influenza crescente anche sulle categorie classiche del diritto civile, come la proprietà, l'autonomia privata e la responsabilità civile. Nondimeno, l'emergere del cd. "contratto ecologico" e la riconfigurazione delle obbligazioni contrattuali secondo criteri ispirati alla sostenibilità rappresentano segnali tangibili di una trasformazione in atto, che impone un ripensamento profondo degli istituti giuridici consolidati. In particolare, il concetto di "autonomia privata", tradizionalmente intesa come espressione della libertà negoziale dei soggetti, è oggi chiamato a confrontarsi con nuovi limiti funzionali, imposti dalla necessità di conciliare l'interesse individuale con le esigenze collettive di tutela dell'ambiente e delle risorse comuni.

Invero, tale mutamento trova riscontro anche nell'evoluzione dell'azione legislativa, che sembra abbandonare una visione meramente autoritativa del diritto ambientale, fondata su strumenti di tipo prescrittivo ("comando e controllo"), per orientarsi verso modelli più partecipativi. In questa prospettiva, si afferma la necessità di una collaborazione strutturale tra soggetti pubblici e

6 Relazione della prima Commissione permanente, comunicata alla Presidenza il 25 maggio 2021 (Relatrice Maiorino), in www.senato.it, p. 4. Per un commento sulle modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 CECCHETTI, M.: "La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, p. 285 ss. disponibile in: www.forumcostituzionale.it; ID., "La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?", in *Quad. cost.*, 2022, p. 352; SOBRINO, G.: "Le generazioni future entrano nella Costituzione", in *Quad. cost.*, 2022, p. 139 ss.; GRECO, M.: "La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma", in *Quad. cost.*, 2021, p. 289; BIFULCO, R.: "La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive", in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022, p. 7 ss.; GLIATTA, M.A.: Ambiente e Costituzione: diritti distributivi e riconfigurazione della responsabilità intergenerazionale, in *Costituzionalismo.it*, 2021, p. 102 ss., spec. 104 e 117 ss.; MONTALDO, R.: "Il valore costituzionale dell'ambiente tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, p. 443, www.forumcostituzionale.it; ALPA, G.: "Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", in *Contr. impr.*, 2, 2022, p. 361 ss.; MARCATAJO, G.: "La riforma degli articoli 9 e 41 della costituzione e la valorizzazione dell'ambiente", in *AmbienteDiritto.it*; LAMBERTI, A.: "Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022", in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2022, p. 1 ss.; DI PLINIO, G.: "L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente", in *federalismi.it*; RESCIGNO, F., "Quale riforma per l'articolo 9", in *federalismi.it*; Ridimensiona la portata innovativa della riforma PERLINGIERI, G.: "Criticità della presunta categoria dei beni c.d.d. 'comuni'. Per una 'funzione' e una 'utilità sociale' prese sul serio", in *Rass. Dir Civ.*, 2022, p. 156.

privati, considerata essenziale per affrontare in modo efficace le sfide climatiche e garantire la conservazione degli ecosistemi.

Questa azione congiunta ha favorito la nascita di un “diritto civile dell’ambiente” con una forte connotazione “civil-costituzionale” volto a conformare istituti giuridici e concetti fondamentali alla gerarchia di valori che definiscono la “legalità costituzionale” all’interno di una visione sistematica e unitaria dell’ordinamento giuridico⁷.

Sebbene la tutela ambientale sia storicamente riconducibile al diritto amministrativo, in virtù del suo apparato autorizzatorio e procedurale, ciò non implica l’esclusione delle altre branche del diritto. Al contrario, si afferma sempre di più l’importanza degli strumenti del diritto privato nel “governo dell’ambiente” con la conformazione e funzionalizzazione dei principali istituti civilistici, come la proprietà, i contratti e la responsabilità civile, alle politiche ambientali in coerenza con il principio di integrazione degli interessi ecologici nelle diverse discipline, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile (come stabilito dagli artt. 11 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea e 37 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea)⁸.

In questa prospettiva, il coinvolgimento diretto dei cittadini nella tutela dell’ambiente, tradizionalmente affidata alla competenza esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 2, lett. s) Cost., trova legittimazione sia in una lettura estensiva dell’art. 2 Cost. -da cui discende un dovere generale di partecipazione attiva alla salvaguardia ambientale da parte dei privati, oggi esplicitato anche nell’art. 3-*quater*, comma 3, del Codice dell’Ambiente- sia nel principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.). Quest’ultimo legittima “l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”⁹, confermando il ruolo del diritto privato -inteso come diritto comune applicabile tanto agli operatori pubblici quanto a quelli privati- nella tutela anche degli interessi ambientali della collettività¹⁰.

La sostenibilità, intesa come principio di bilanciamento tra diverse esigenze, trova nella sussidiarietà orizzontale uno spazio istituzionale che permette una convergenza tra azioni pubbliche e private orientate verso il bene comune. Ne deriva una progressiva erosione della rigida dicotomia pubblico/privato, a favore di

7 PENNASILICO, M.: “Il “diritto civile dell’ambiente”: premesse di metodo”, in *Id* (a cura di) *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Esi, Napoli, 2014, p. 14.

8 PENNASILICO, M.: “Il “diritto civile dell’ambiente”: premesse di metodo”, cit., p. 14 ss.

9 L’indagine più approfondita e ben documentata in questo ambito è attribuibile a Nuzzo, M. (a cura di), “Il principio di sussidiarietà nel diritto privato”, I-II, Torino, 2014, a commento della quale si veda PERLINGIERI, P.: “La sussidiarietà nel diritto privato”, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.

10 PENNASILICO, M.: “Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”, cit., p. 1293.

modelli integrati di tutela, in cui la sostenibilità rappresenta un criterio ordinante capace di orientare l'agire privato verso finalità collettive¹¹.

La questione ambientale, in questo modo, scivola lentamente da una dimensione di tutela squisitamente pubblicistica, verso nuove forme di valorizzazione e tutela anche privatistiche.

Va, inoltre, considerato che il rapporto tra gli strumenti del diritto civile e la protezione ambientale è di reciproca influenza. Da una parte, si osserva una crescente apertura degli istituti civilistici verso le questioni ambientali; dall'altra, la proliferazione di normative e giurisprudenza ambientali, insieme all'impatto dei principi ambientali europei, sta influenzando in maniera significativa gli istituti e le categorie del diritto civile, al punto da richiederne una revisione concettuale profonda¹².

L'incidenza crescente delle problematiche ambientali sulla realtà contemporanea, accompagnata da una maggiore consapevolezza collettiva in merito alle sfide ecologiche e dalla progressiva affermazione del principio dello sviluppo sostenibile, impone al giurista civilista una rielaborazione critica dei modelli tradizionali. Tale revisione deve tenere conto dei valori ecologici non patrimoniali e degli interessi ambientali sottesi, al fine di rispondere alle nuove esigenze condivise dalla collettività¹³, assecondando la tendenza alla "depatrimonializzazione" del diritto civile¹⁴.

In questo senso, è utile richiamare la categoria della depatrimonializzazione utilizzata da illustre dottrina per descrivere l'apertura del diritto privato contemporaneo -nella sua dimensione legislativa, giurisprudenziale e teorica- a esigenze e valori non riconducibili alle sole logiche economiche anche -si noti- in settori tradizionalmente riservati alla regolazione di rapporti patrimoniali.

Indagine effettuata avendo riguardo ad indici normativi importanti, segnatamente l'art. 1174 c.c. che ammette espressamente che l'interesse del

11 PENNASILICO, M.: "La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale, verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico", in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 3, 2020, p. 24.

12 PENNASILICO, M.: "Il "diritto civile dell'ambiente": premesse di metodo", cit., p. 15.

13 PERSIA, S.: "Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile", in *Riv. Dir. Quadr. Amb.*, 1, 2018, p. 4.

14 Tra i primi a ripensare ad alcune categorie fondamentali del diritto civile -tra cui indubbiamente quelle dell'autonomia privata e dei diritti fondamentali- in una ottica di depatrimonializzazione, DONISI, C., "Verso la 'Depatrimonializzazione' del diritto privato", in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; PERLINGIERI, P., "'Depatrimonializzazione' e diritto civile", in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi - Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1989, p. 175 ss.; cfr. anche *Id.*, "Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia", *ivi*, p. 75 ss., spec. p. 97 ss.; *Id.*, "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", Esi, Napoli, 2006., p. 114 ss.
Tale ricostruzione è stata, invece, criticata da DE CUPIS, A., "Sulla 'depatrimonializzazione' del diritto privato", in *Riv. dir. civ.*, 2, 1982, p. 482 ss. (poi in *Id.*, "Osservatorio sul diritto civile", Milano, 1992, p. 140 ss.).

creditore, nel rapporto obbligatorio, possa non avere natura patrimoniale - ma anche ad un contesto che ha visto affievolirsi il ruolo centrale del codice civile come fonte esclusiva del diritto privato.

In tale quadro, la riconcettualizzazione degli istituti civilistici si rende necessaria per renderli coerenti con le istanze poste dal principio dello sviluppo sostenibile, oggi riconosciuto come fondamento di molteplici politiche pubbliche e strategie normative a livello nazionale e sovranazionale. La proprietà, il contratto, la responsabilità civile -istituti tradizionalmente orientati alla disciplina dei rapporti interpersonali e patrimoniali- sono chiamati a integrarsi con le finalità della tutela ambientale, in un'ottica che contempli simultaneamente esigenze economiche, sociali e ecologiche. Questa prospettiva riflette una visione unitaria e sistemica dell'ordinamento giuridico, in cui i principi costituzionali e i valori ambientali agiscono come parametri trasversali, capaci di orientare l'intero sistema civilistico verso una più ampia tutela dell'interesse collettivo.

IV. SVILUPPO SOSTENIBILE E CONFORMAZIONE DEL CONTRATTO.

In questa prospettiva, il contratto emerge come uno degli istituti centrali da ripensare in chiave sostenibile.

Se, infatti, la riflessione giuridica sul contratto si è tradizionalmente concentrata prevalentemente sui fenomeni dello scambio e della circolazione della ricchezza¹⁵, le sempre più pressanti istanze di tutela ambientale impongono una rinnovata riflessione sulla sua funzione, valorizzandone anche il ruolo nella gestione responsabile delle risorse naturali. Il contratto, dunque, non si limita più a regolare interessi esclusivamente economici, ma si configura sempre più come uno strumento potenzialmente orientato alla salvaguardia dell'ambiente e alla promozione di modelli sostenibili, in grado di tener conto degli interessi delle generazioni future¹⁶.

E così, la relazione instauratasi tra "ambiente" e "sviluppo" sollecita una riflessione critica sull'impatto che gli interessi ambientali esercitano sul contratto. In particolare, l'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile impone di considerare l'uso delle risorse naturali secondo criteri di responsabilità, orientando l'ordinamento a valutare l'attività economica come meritevole di tutela solo

15 PIRAINO, F.: "Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato", in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 490; NERVI, A.: "Beni comuni e ruolo del contratto", in *Rass. dir. civ.*, I, 2014, p.185; ID.: "Beni comuni e funzione del contratto", in PENNASILICO, M.: (a cura di) *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 194; ID., *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, I, 2014, p. 51.

16 PERSIA, S.: "Proprietà e contratto", cit., p. 10. In tal senso si v. anche NERVI, A.: "Beni comuni, ambiente e funzione del contratto", cit., p. 51; ID.: "Beni comuni e ruolo del contratto", cit., p. 196; PENNASILICO, M., "Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2018, p. 1261 ss.

laddove essa sia conforme alle esigenze di salvaguardia ambientale e di protezione dei diritti delle generazioni future.¹⁷

Numerosi esempi, in particolare tratti dalla legislazione europea e nordamericana in materia di contratti pubblici, evidenziano una crescente tendenza alla funzionalizzazione del contratto quale strumento orientato al perseguimento di obiettivi di rilevanza sociale e ambientale. Tali esperienze dimostrano come il contratto possa trascendere la sua tradizionale dimensione sinallagmatica, assumendo un ruolo proattivo nella promozione di interessi collettivi, ben oltre la soddisfazione degli interessi economici immediati delle parti contraenti.

Anche nel nostro ordinamento interno si può fare innanzitutto riferimento al partenariato pubblico-privato, che consente l'instaurazione di modelli collaborativi tra soggetti pubblici e operatori privati per la realizzazione di opere e servizi di utilità sociale. Tale forma di cooperazione ha ricevuto ulteriore impulso nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), in particolare agli artt. 6 e 174 e seguenti¹⁸.

Un ulteriore esempio significativo è l'introduzione nella disciplina dei contratti pubblici dei c.d. "appalti verdi", termine che identifica l'insieme degli strumenti giuridici volti a promuovere l'integrazione degli interessi ambientali all'interno della materia contrattuale. L'amministrazione pubblica, pur mantenendo inalterato l'assetto concorrenziale del mercato di riferimento¹⁹, agisce secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, introducendo tra i parametri di aggiudicazione le cosiddette "clausole verdi". Tali clausole mirano a individuare operatori economici

17 PENNASILICO, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit. p. 1298.

18 Cfr. CERRINA FERONI, G.: "Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti", Torino, 2011, p. 9 ss.; PIPERATA, G.: "Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale", in MASTRAGOSTINO, F.: (a cura di) *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 3 ss.; GIANNOTTI, V.- PANATO, M.- SPEROTTO, N.: "Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico-privato. Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016", n. 50, Milano, 2016, p. 81 ss.; TAGLIANETTI, G.: "Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing", Napoli, 2014, p. 55 ss.; CARTEI, G.F., RICCHI, M.: "Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività", Napoli, 2015, p. 10 ss.; DI GIOVANNI, A.: "Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà", Torino, 2012, p. 28 ss.; FABI, F., LOIERO, R., PROFITI, F.S.E.: "Il partenariato pubblico-privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale", Roma, 2015, 3 ss., spec. p. 17 ss.; ROBLES, M.: "I fattori ambientali della "finanza di progetto" (project finance)", in PENNASILICO, M.: (a cura di) *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 188 ss.; SCIAUDONE, F.: "L'accesso al credito per i progetti di efficienza energetica", in CARBONE, L., NAPOLITANO, G. e ZOPPINI, A.: (a cura di) "Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica, in *Annuario di Diritto dell'energia*, 2016, p. 127 ss., spec. 147 ss.; FANTINI, S.: "Il partenariato per l'innovazione", in *Urb. app.*, 8-9, 2016, p.955 ss.

19 La pratica degli appalti verdi potrebbe sollevare questioni complesse riguardanti il bilanciamento tra la necessità di tutela ambientale e gli obiettivi di protezione della concorrenza, specialmente in relazione ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione. Si v., a conferma di un orientamento giurisprudenziale consolidato, TAR Puglia-Lecce, 17 novembre 2006, n. 5373, in *Urb. app.*, 2007, p. 479, con nota di MASI, L.: "Appalti pubblici e risparmio energetico: un esempio di appalto verde"; in dottrina, FIDONE, G.: "Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti", in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 819 ss., spec. pp. 822 ss.; Id., "Osservazioni critiche sull'utilizzo dei criteri ambientali nei sistemi di contrattazione pubblica", in AMADEI, M. e COZZIO, M. (a cura di), *Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici*, Trento, 2013, p. 113 ss.;

in grado di fornire prodotti e servizi con un elevato grado di efficienza ecologica, promuovendo così una gestione sostenibile degli acquisti e delle opere pubbliche. Questo approccio diventa particolarmente rilevante nel contesto normativo attuale, in cui l'inserimento di clausole ambientali nei contratti non è più facoltativo, ma è reso obbligatorio dalla legislazione più recente²⁰.

Le clausole in esame hanno trovato ulteriore forza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Così, l'art. 57 d.lgs. 36/23., rubricato "clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale", stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono contribuire al raggiungimento degli obiettivi ambientali attraverso l'inserimento, nella documentazione di gara e progettuale, di specifiche tecniche e clausole previste dai Criteri Ambientali Minimi (CAM). Questi criteri devono essere considerati anche nella definizione dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come disposto dall'art. 108 d.lgs. 36/23.

Inoltre, il legislatore ha introdotto una serie di disposizioni che estendono la rilevanza dei profili ambientali anche ai criteri di aggiudicazione. L'art. 185, infatti, include tra i criteri di selezione del concessionario anche quelli ambientali, sociali e legati all'innovazione, mentre l'art. 107 consente alla stazione appaltante di escludere l'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa qualora quest'ultima non rispetti gli obblighi ambientali, sociali o lavoristici previsti dalla normativa nazionale, unionale o internazionale (in particolare, quelli elencati nell'Allegato X della Direttiva 2014/24/UE). Tale approccio viene ulteriormente rafforzato dall'art. 95, che prevede l'esclusione automatica dalla gara degli operatori economici nei confronti dei quali siano accertate gravi violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché rispetto agli obblighi sociali e ambientali sopra menzionati.

Le normative appena passate in rassegna hanno aperto la strada a ulteriori riflessioni circa l'estendibilità di clausole simili non solo nei contratti pubblici, ma anche in quelli tra privati, sì da funzionalizzare la disciplina generale del contratto alla tutela ambientale²¹.

E così, l'attenzione al profilo ambientale dei beni si riflette anche nella disciplina dei contratti di vendita e di locazione immobiliare, nei quali il legislatore ha introdotto specifici obblighi informativi a carico del proprietario. In particolare,

20 PENNASILICO, M., "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit, p. 1299.

21 Per un'analisi articolata del progressivo ampliamento dello "spazio" occupato dal principio dello sviluppo sostenibile anche nei rapporti contrattuali di diritto privato, si rinvia a PENNASILICO, M., "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", in *Id.* (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 304 ss. L'autore individua numerosi ambiti nei quali si rinvencono esperienze riconducibili alla categoria del "contratto ecologico", dalla finanza etica al commercio equo e solidale, dalla produzione energetica da fonti rinnovabili all'agricoltura biologica, fino al turismo sostenibile e sociale. Per ulteriori esemplificazioni in tema di contrattazione ecologica tra privati, si veda anche *Id.*: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", in *Pers. e merc.*, 2015, p. 48.

ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 192/2005 (come modificato dalla legge n. 90/2013), il venditore o locatore è tenuto a fornire all'acquirente o al conduttore l'attestato di prestazione energetica (APE) dell'immobile. Tale documento ha la funzione di certificare le performance energetiche dell'edificio, in un'ottica di riduzione delle emissioni inquinanti, di contenimento dei consumi e di tutela della salubrità degli ambienti domestici²². Ulteriori obblighi informativi sono previsti per la fase prenegoziale, nella quale l'art. 6, comma 8, impone che gli annunci di vendita o locazione -diffusi attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione commerciale- indichino l'indice di prestazione energetica e la relativa classe energetica. La violazione di tale obbligo comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 15, comma 10, del medesimo decreto legislativo.

Ulteriori esempi dell'influenza crescente dei criteri ambientali nella contrattualistica si rinvencono, da un lato, nell'obbligo informativo relativo all'energia impiegata e alle fonti energetiche utilizzate, previsto a carico delle imprese fornitrici di energia ai sensi della Direttiva (UE) 2019/944 sull'energia elettrica, ai fini della valutazione d'impatto ambientale; dall'altro, nella possibilità di imporre *standard* ecologici alle imprese affiliate nell'ambito di modelli di *green franchising*²³, secondo una logica di responsabilità ambientale diffusa lungo la filiera contrattuale.

Si assiste, inoltre, a una crescente diffusione di strumenti contrattuali legati al finanziamento di iniziative sostenibili, quali i *green bond*, i *debt-for-nature swap* negoziati nei mercati finanziari internazionali, nonché i fondi e gli strumenti di *climate impact investing*, che mirano a coniugare redditività e impatto ambientale positivo²⁴.

In alcuni schemi contrattuali di più recente elaborazione, i criteri ecologici sembrano incidere anche sulla causa contrattuale, ridefinendone i presupposti giuridici e funzionali. Un esempio paradigmatico è rappresentato dal contratto di rendimento energetico (*energy performance contract*), nel quale una ESCO (*Energy Service Company*) si obbliga nei confronti di un soggetto beneficiario a realizzare interventi di riqualificazione energetica -su impianti o edifici- a fronte di

22 Le scelte negoziali finalizzate alla riduzione delle emissioni nel comparto edilizio non rispondono esclusivamente a logiche di efficienza economica (come osserva PAGLIANTINI, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", in PENNASILICO, M. (a cura di) *Contratto e ambiente*, cit., p. 372), ma perseguono obiettivi più ampi, quali la tutela della salute e la promozione di un benessere ambientale condiviso. Sul punto, v. BONNI, G.: "Attestato di prestazione energetica e tutela negoziale", in PENNASILICO, M.: (a cura di) *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 236 ss., il quale rileva come il miglioramento delle condizioni ambientali all'interno dell'immobile contribuisca a far emergere l'interesse del creditore anche nella sua dimensione non patrimoniale, generalmente non considerata nelle consuete dinamiche delle transazioni immobiliari.

23 In argomento, v. LANDINI, S.: "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", in PENNASILICO, M.: (a cura di) *Contratto e ambiente*, cit. p. 357.

24 Sul punto sia consentito rinviare a MARINO, R. e TRAPANESE, G.: "Finanza sostenibile e inclusione sociale, in BOTTA, C. e MARINO, R.: (a cura di) *Diversità, equità e inclusione sociale. Percorsi di ricerca a confronto*, Esi, Napoli, 2023, p. 409 ss.

un corrispettivo proporzionato ai risparmi energetici effettivamente conseguiti²⁵. In tale modello, l'efficienza energetica e la riduzione dell'impatto ambientale non costituiscono solo effetti collaterali del contratto, ma ne rappresentano la funzione essenziale²⁶.

In termini generali, l'integrazione dei valori ecologici nella dinamica contrattuale può avvenire secondo due direttrici: in senso negativo, mediante l'introduzione di limitazioni relative ad attività ritenute ad alto impatto ambientale, ovvero potenzialmente incompatibili con un uso sostenibile delle risorse naturali; oppure in senso positivo, attraverso l'inserimento di criteri selettivi o valutativi -relativi, ad esempio, alla scelta della controparte contrattuale, come avviene *ope legis* negli appalti pubblici- nonché di obbligazioni orientate al soddisfacimento di esigenze di sostenibilità ambientale.

Più nel dettaglio, accanto a previsioni contrattuali che si limitano a esprimere adesione a obiettivi generali di sviluppo sostenibile, riconosciuti a livello internazionale, o che richiedono genericamente il rispetto da parte dei *partner* commerciali dei principi contenuti nei codici etici o di condotta adottati dalla parte committente, si rinvengono sempre più frequentemente clausole che impongono obblighi specifici. Tali obbligazioni possono consistere in prestazioni accessorie, non meramente strumentali allo scambio, ma volte a integrare o qualificare il contenuto contrattuale in funzione di finalità ambientali. Si tratta, in tutti questi casi, di interventi che arricchiscono la funzione del contratto, ampliandone la dimensione oltre la logica strettamente sinallagmatica, in favore di un modello relazionale orientato alla responsabilità ambientale e sociale²⁷.

V. IL CONTRATTO ECOLOGICO: VERSO UNA NUOVA FUNZIONE ECONOMICO-AMBIENTALE?

La progressiva funzionalizzazione del contratto alle istanze ambientali, attraverso l'inserimento di clausole verdi, obblighi specifici o criteri di selezione ecologici, evidenzia come l'istituto contrattuale non sia più interpretabile unicamente alla luce della sua funzione sinallagmatica, ma richieda un ripensamento più ampio e profondo, orientato alla sostenibilità.

Questa prospettiva non solo impone di riconsiderare la funzione tradizionale del contratto, ma spinge anche a ripensare l'essenza patrimoniale stessa della

25 Sul contratto di rendimento energetico, si rinvia a MAUGERI M.R.: "Il contratto di rendimento energetico e i suoi 'elementi minimi'", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 420 ss., e PENNASILICO, M.: "Il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract)", in *Id.*: (a cura di) *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 242 ss.

26 Sul punto di v. DEGL'INNOCENTI, F.: *Verso un'autonomia contrattuale sostenibile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024, p. 72.

27 DEGL'INNOCENTI, F.: *Verso un'autonomia contrattuale sostenibile*, cit., p. 75.

categoria contrattuale. Parte della dottrina ha quindi iniziato a esplorare seriamente e sistematicamente questo tema, fino a proporre un nuovo paradigma, quello del cd. "contratto ecologico"²⁸.

Tra coloro che sostengono tale ricostruzione, vi è chi osserva che: «l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando il profilo della doverosità dell'uso responsabile delle risorse naturali anche a vantaggio delle generazioni future»²⁹, e ne consente la declinazione come concreta funzione economico-ambientale in coerenza all'esigenza, sempre più sentita, di bilanciare le dinamiche di mercato con la tutela ambientale.

Dal descritto processo di integrazione tra ambiente e mercato emerge, da un lato, che la funzione del contratto si stia gradualmente spostando dalla tradizionale dimensione squisitamente di scambio verso una nuova prospettiva di godimento e gestione condivisa dei beni, sì che il contratto ecologico si configura non più come uno strumento finalizzato esclusivamente allo scambio di utilità tra parti con interessi contrapposti, quanto piuttosto come un mezzo per regolare il concorso di una pluralità di interessi che convergono nella tutela dell'ambiente e nella salvaguardia delle generazioni future³⁰; dall'altro lato, che la nozione stessa di contratto sia incompleta, mancando dell'integrazione dei principi di solidarietà e sostenibilità, vale a dire che la condotta delle parti sia anche orientata all'uso responsabile delle risorse naturali, sì che «il contratto è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili»³¹.

In questa prospettiva, la crescente rilevanza dell'interesse ambientale impone una vera e propria riformulazione dell'autonomia negoziale in chiave ecologica³², tale da orientare l'esercizio della libertà contrattuale al rispetto dei principi di sostenibilità. Si assiste così a una tendenza sempre più marcata a riconfigurare il rapporto tra contratto e diritto ambientale in senso funzionale, attribuendo al primo il ruolo di strumento giuridico deputato alla realizzazione degli obiettivi propri

28 Tale ricostruzione è condivisa da PENNASILICO, M.: "L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico", in PENNASILICO, M. (a cura di), *Manuale*, cit., p. 161 ss.; Id., "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit., p. 1291 ss.; Id., "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", in Riv. Quadr. Dir. Amb., I, 2017, p. 13; CAPIELLO, M.G., "Il contratto 'a rilevanza ecologica': nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente", in Riv. Quad. Dir. Amb., I, 2020, p. 121 ss.

29 Così PENNASILICO, M.: "L'uso responsabile delle risorse naturali", cit., p. 166.

30 NERVI, A.: "Beni comuni e funzione del contratto", in PENNASILICO, M.: (a cura di) *Manuale*, cit., p. 195.

31 PENNASILICO, M.: "L'uso responsabile delle risorse naturali", cit., p. 166; Id.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit., p. 1306 ss.; Diversamente, PAGLIANTINI, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", cit., p. 337 ss. ove l'A. intravede, nel "contratto ecologico", inteso come fattispecie costitutiva di rapporti patrimoniali eco-sostenibili, "una (lodevole) provocazione argomentativa più che l'avvio di una riconcettualizzazione categoriale", "un'espressione raffinata ma predicata di un valore soltanto descrittivo", che si presta, al più, "ad un esercizio di *dépoissierage* delle categorie tradizionali".

32 Si v. LONGOBUCCO, F.: "La contrattazione ecologicamente conformata nell'ottica del diritto civile", in *www.ambientediritto.it*, 3, 2019, p. 87.

del secondo, con rilevanti implicazioni anche sotto il profilo dell'interpretazione e dell'integrazione del regolamento contrattuale.

Di tal guisa, il principio dello sviluppo sostenibile potrebbe divenire uno dei criteri di valutazione della meritevolezza³³ dei contratti ecologici. Questi ultimi, pur presentando una causa astrattamente lecita, potrebbero essere considerati non meritevoli di tutela laddove inidonei a realizzare in concreto l'interesse ambientale³⁴.

Allo stesso modo, si ritiene che la dimensione ambientale del contratto consenta di valorizzare, come criteri primari d'interpretazione, il principio di buona fede oggettiva (art. 1366 c.c.), il principio di conservazione degli effetti (art. 1367 c.c.) e l'interpretazione funzionale del contratto (art. 1369 c.c.)³⁵.

Per quanto riguarda l'integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c., la norma menziona tra le fonti di integrazione la "legge", la cui interpretazione evolutiva giustifica il rinvio ai principi costituzionali e comunitari³⁶. Tra questi, rientra certamente il dovere di tutela dell'ambiente sancito, ormai, dall'art. 9 e 41 della Costituzione, nonché i principi europei in materia. Inoltre, è la stessa normativa di rango primario, all'art. 3, comma I-*quater* del Codice dell'ambiente a prevedere esplicitamente che ogni attività umana, giuridicamente rilevante, deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile³⁷.

33 Sul tema si v. *amplius* BIANCA, C.M.: "Contratto europeo e principio causalista", in PARADISO, M.: (a cura di) *I mobili confini dell'autonomia privata*, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. C. Lazzara, Catania 12-14 settembre 2002, Milano, 2005, 387 ss., spec. 402, ove l'A. afferma che la libertà negoziale non può essere esercitata per perseguire interessi che siano in conflitto con l'utilità sociale (art. 41, comma 2 Cost.) di modo che saranno ritenuti non meritevoli di tutela tutti quegli interessi che risultino socialmente dannosi. La dannosità sociale si configura ogni volta che il contratto abbia l'obiettivo di compromettere beni o valori fondamentali per la collettività, quali l'ambiente, l'occupazione, l'eguaglianza sostanziale, l'informazione, l'educazione, ecc.

Sul concetto di meritevolezza, si rinvia a FEDERICO, A.: "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 614 ss.; lo.: "L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi", in AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazione S.I.S.Di.C., Capri 27-29 marzo 2008, Napoli, 2009, p. 369 ss.; PENNASILICO, M.: "Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata", *Esi*, Napoli, 2011, p. 167.

34 PENNASILICO, M.: "L'uso responsabile delle risorse naturali", cit., p. 166; lo.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit., p. 1304.

35 Ancora in tal senso si esprime PENNASILICO, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit., p. 1304 secondo il quale "la prima impedisce all'impresa appaltatrice di abusare del proprio potere di mercato a danno di concorrenti e consumatori; la seconda, ogni qual volta siano possibili due interpretazioni delle clausole contrattuali, una conforme ai principi che tutelano l'ambiente, l'altra contraria, induce a preferire la soluzione che assicuri la salvezza del contratto e dei suoi effetti ecologici; la terza permette di risolvere la plurivocità del testo contrattuale nel senso più conveniente alla protezione dell'interesse ambientale o al miglioramento dell'efficienza energetica".

36 A favore dell'interpretazione estensiva del termine "legge", e di conseguenza della applicazione diretta delle norme costituzionali (e comunitarie) in materia di autonomia contrattuale PERLINGIERI, P. e FEMIA, P.: "Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile", Napoli, 2004, p. 183; BRECCIA, U.: "Fonti del diritto contrattuale", in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 398 ss.; diversamente, SACCO, R.: in SACCO, R. e DE NOVA, G., "Il contratto", II, 3a ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 420.

37 Così, PENNASILICO, M.: "Interpretazione e integrazione del contratto", in PERLINGIERI, C. e RUGGERI, L.: (a cura di) *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 148; v. anche

Pertanto, analogamente alla evoluzione della funzione svolta dalla proprietà, l'applicazione della funzione ecologica e ambientale alla disciplina contrattuale, arricchisce e integra il contenuto del contratto.

Ragionando in questi termini, dunque la rilettura in chiave ecologica del diritto contrattuale e la rilevanza "erga omnes" dei beni comuni permettono di superare uno dei principi fondamentali su cui si basa la tradizione civilistica negoziale: il principio di relatività, che prevede che il contratto produca effetti esclusivamente tra le parti, come sancito dall'art. 1372 c.c.³⁸ Quando il contratto incide su un bene comune, appare evidente che i suoi effetti superino la dimensione puramente individuale, ma coinvolgono anche terzi interessati alla fruizione e gestione dei beni comuni, nonché le generazioni future³⁹.

In tale contesto, l'autoregolamentazione privata assume il ruolo di strumento per regolare e attuare interessi generali, in linea con il principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118, comma 4 Cost., cosicché gli atti di autonomia dei privati, singoli o associati, che promuovono interessi ambientali legati a beni comuni, generano effetti che si estendono anche nei confronti dei terzi, assumendo così un'efficacia esterna.

Il contratto, nella prospettiva tracciata, assume la funzione di coordinare una pluralità di interessi orientati alla tutela ambientale, generando effetti che si estendono in una dimensione dinamica e intergenerazionale destinati a coinvolgere non solo le parti stipulanti, ma tutti coloro che, anche in un momento successivo al perfezionamento dell'accordo, entrino in rapporto con il bene⁴⁰.

La trasformazione da strumento regolativo di interessi individuali ed egoistici, a mezzo per la gestione di interessi collettivi evidenzia come il contratto stia progressivamente superando la tradizionale dicotomia tra pubblico e privato. Anche se stipulato tra privati, esso deve necessariamente essere conformato

CAPOBIANCO, E.: "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", in *Annuario del contratto 2015*, diretto da D'ANGELO, A. e ROPPO, V., Torino, 2016, p. 71 ss.

38 LIPARI, N.: "Introduzione", in PENNASILICO, M.: (a cura di) *Contratto e ambiente*, cit., p. 17. Sul ridimensionamento del valore assoluto del principio di relatività del contratto, BIZZARRO, A.: "La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale", Napoli, 2012, p. 47 ss.

39 PERSIA, S.: "Proprietà e contratto", cit., p. 14

40 Sul punto si veda PERLINGIERI, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in PENNASILICO M.: (a cura di) *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 324 ove l'A. evidenzia come sia il principio di sussidiarietà a giustificare il superamento del principio di relatività degli effetti del contratto. Si v. anche, CARAPEZZA FIGLIA, G.: "I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 462, secondo cui "l'autonomia negoziale, che nel vigente ordinamento costituzionale non può non avere una funzione socialmente rilevante (art. 41, comma 2, cost.), è attività diretta alla realizzazione di interessi generali, rinvenendo il proprio fondamento unitario nella sussidiarietà (art. 118, comma 4, cost.)."

all'interesse ambientale, superando così la dimensione degli interessi esclusivamente individuali⁴¹.

In definitiva, il “contratto ecologico” rappresenta un nuovo paradigma contrattuale, preordinato a disciplinare il concorso di una pluralità di interessi convergenti, che supera la tradizionale visione bidimensionale delle relazioni di mercato, basata sui soli criteri di costo e utilità, segnando l'avvio di un diverso approccio all'economia e ai consumi⁴².

Il “contratto ecologico” si configura, quindi, come uno strumento centrale per promuovere un'economia circolare, equa e solidale. In altre parole, un'economia sostenibile, una diversa modalità di soddisfare i bisogni, spingendo da un lato a ripensare la funzione di mero scambio tipica del contratto, e dall'altro a mettere in discussione la stessa essenza della categoria contrattuale, tradizionalmente intesa come strumento volto a produrre effetti di tipo appropiativo.

Sebbene non sia ancora formalmente inquadrato come categoria normativa dal legislatore⁴³, il contratto ecologico si configura come una “categoria euristica, in grado di cogliere e favorire nuovi sviluppi interpretativi, applicativi e sistematici, tali da segnare nel tempo un autentico mutamento di paradigma”⁴⁴.

VI. SOSTENIBILITÀ E AUTONOMIA PRIVATA.

Si è osservato come la sostenibilità non rappresenti solo un'occasione per rivedere le categorie tradizionali del diritto privato, ma costituisca un elemento cruciale per il ripensamento complessivo delle stesse.

Questa prospettiva ha condotto la dottrina a interrogarsi sul ruolo operativo da attribuire al giudizio di sostenibilità, e in particolare al suo opposto, ossia all'insostenibilità.

Secondo alcune ricostruzioni, la sostenibilità quale limite all'autonomia privata può essere declinata lungo due direttrici teoriche distinte: da un lato, in una prospettiva materiale, essa agisce per controllare o limitare l'impatto delle attività umane sull'ambiente in virtù della sua incompatibilità con le leggi di natura, arrivando a determinare l'impossibilità del contratto, nei casi estremi, ovvero in un nuovo

41 Cfr. PERLINGIERI, P.: “La sussidiarietà nel diritto privato”, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ove l'A. afferma che “non v'è ragione di costruire una netta distinzione tra un'autonomia negoziale che realizza interessi individuali e un'autonomia negoziale che realizza interessi generali”.

42 Così IMBRENDA, M.: “Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare”, Napoli, 2016, p. 154 ss.

43 Cfr. JANNARELLI, A.: “Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali”, in PENNASILICO, M.: (a cura di) *Contratto e ambiente*, cit., p. 22 ove l'A. afferma che il contratto ecologico “costituisce un'ipotesi di lavoro e una prospettiva evolutiva di lungo periodo, più che un dato acquisito”.

44 PENNASILICO, M.: “Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale”, cit., p. 28.

concetto di impossibilità, in grado di intervenire preventivamente precludendo attività che, seppur tecnicamente possibili, compromettono le condizioni di vita presenti e future in modo irreparabile; dall'altro lato, in una prospettiva assiologica, la sostenibilità agisce come criterio orientativo nella valutazione della liceità delle attività negoziali. In tal senso, il limite imposto dalla sostenibilità consente di ampliare il concetto di illiceità, includendo e vietando comportamenti che possano mettere a rischio, nel lungo periodo, valori fondamentali⁴⁵.

Partendo dal concetto di impossibilità, l'influenza del principio di sostenibilità nella valutazione della possibilità dell'oggetto contrattuale impone, in primo luogo, di considerare le ipotesi estreme di insostenibilità assoluta. Si tratta di quei casi in cui l'assenza di sostenibilità determina una compromissione radicale e irreversibile non solo degli interessi individuali, ma della vita stessa, fino a mettere a rischio la sopravvivenza dell'umanità.

A queste ipotesi, che sembrano richiamare casi di scuola, ma che in realtà, come da taluni osservato, non sono poi così tanto distanti dalla realtà attuale⁴⁶, se ne affiancano altre che si possono definire di "insostenibilità relativa", certamente suscettibili di maggiore applicazione. Tale concetto scaturisce dalla nozione stessa che le fonti hanno attribuito alla sostenibilità, sin dalle sue origini, e si fonda su un giudizio comparativo tra l'attuale godimento delle risorse e la necessità di preservare condizioni di benessere anche per le generazioni future. In tale prospettiva, l'insostenibilità si configura ogniqualvolta un'attività economica o negoziale comporti un impatto sproporzionato e non giustificabile sul piano ecologico o sociale, soprattutto in presenza di alternative meno impattanti e più efficienti⁴⁷.

Secondo tale approccio si può ipotizzare una valutazione della possibilità dell'oggetto del contratto al momento della sua conclusione, riferita al rapporto tra l'attività umana e le leggi naturali, non limitata al presente ma proiettata anche al futuro remoto.

45 FADDA, R.: "La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore", Esi, Napoli, 2024, p. 34.

46 Cfr. PENNASILICO, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit., p. 1298, ove l'A. rileva che il principio di sostenibilità si pone come norma di ordine pubblico, con la fondamentale conseguenza che la sua violazione da parte dei contraenti determina la nullità del contratto; BIANCA, C.M.: "Contratto europeo e principio causalista", cit., p. 403, secondo cui devono reputarsi nulli per immeritevolezza degli interessi perseguiti i contratti che abbiano a programma il degrado ambientale di una determinata zona, il trattamento discriminatorio dei lavoratori, ecc.; VANINI, S.: "Violazione di norme pubblicitiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la Corte di Giustizia UE e il caso 'dieselgate' (C. Giust. UE 14 luglio 2022, in causa C-145/20, Porche inter-auto e Volkswagen)", in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 185, prospetta la nullità dell'accordo con il quale il venditore e il consumatore stabiliscono la conformità al contratto di un bene non rispettoso dei requisiti antinquinamento stabiliti dalla legge e in generale di un contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un bene con tali caratteristiche.

47 FADDA, R.: "La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore", cit., p. 35.

In tal modo, l'oggetto del contratto può essere considerato impossibile non solo per il contrasto con le leggi naturali al momento della stipula, ma anche per la sua incompatibilità con le leggi naturali riferite al futuro, applicando in un certo senso anche all'impossibilità originaria il rapporto tra mezzi e fini tipico della valutazione dell'impossibilità sopravvenuta.

A tal fine, è necessario riconoscere un passaggio logico secondo cui, sulla base del confronto tra l'azione umana e le leggi scientifiche di necessità o probabilità, l'insostenibilità non impedisce la realizzazione stessa della prestazione, bensì le condizioni che garantiscono la sopravvivenza a lungo termine della specie umana, sì che l'impossibilità della prestazione risulterebbe essere una conseguenza diretta dell'impossibilità della stessa sopravvivenza.

L'insostenibilità potrebbe, quindi, fungere da limite, equiparabile all'impossibilità, ogniquale volta, attraverso una valutazione di tipo prognostico, si possa prevedere che l'esecuzione del contratto -pur tecnicamente realizzabile- comporti conseguenze irreversibili e dannose per l'ambiente e per le condizioni di vita futura.

In questo contesto, è proprio l'idea di un peggioramento irreversibile delle condizioni di vita a tradurre il concetto di insostenibilità in termini concreti e materiali. Così interpretato, l'insostenibilità si presenta come un giudizio ulteriore dall'impossibilità, ma rientrante nella stessa categoria di controllo che nasce dal confronto tra leggi giuridiche e naturali⁴⁸.

Il discorso appare più semplice, e forse di più facile applicazione pratica, se riferito al giudizio relativo all'illiceità del contratto. In tale contesto il concetto di sostenibilità viene riferito a un giudizio di valore riguardante iniziative che coinvolgono interessi rilevanti, potenzialmente anche di natura diversa, introducendo una valutazione riguardo alla protezione o al bilanciamento di interessi con una prospettiva di lungo termine.

Questa verifica può essere estesa a tutti i criteri utilizzati per determinare la liceità⁴⁹.

In particolare, con riferimento alle norme imperative, la valutazione si concentra sulla tutela di interessi pubblici o generali che potrebbero risultare lesi dall'esecuzione del contratto. Anche in assenza di una espressa qualificazione legislativa, il carattere imperativo di una norma può essere ricavato dalla rilevanza sociale dell'interesse protetto, la quale può legittimare un giudizio di illiceità del contratto.⁵⁰ In un'ottica orientata al principio di sostenibilità, tale giudizio può

48 FADDA, R.: "La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore", cit., p. 38 ss.

49 FADDA, R.: "La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore", cit., p. 44.

50 ROPPO, V.; "Il contratto", in IUDICA, G. e ZATTI, P.: (a cura di) *Tratt. Dir. Priv.*, Milano, 2011, p. 328.

essere arricchito tenendo conto non solo degli effetti immediati, ma anche delle conseguenze future e sistemiche dell'attività regolata, soprattutto se idonee a compromettere diritti fondamentali o beni comuni, come l'ambiente, la salute pubblica o l'equilibrio climatico.

La stessa prospettiva può essere estesa al concetto di ordine pubblico, inteso non come categoria statica, bensì come insieme dinamico e in evoluzione di valori fondamentali, in costante adeguamento ai mutamenti sociali, economici e culturali del contesto storico di riferimento⁵¹. Proprio l'elasticità del concetto di ordine pubblico consente di includervi progressivamente nuovi principi giuridici affermatisi nell'ordinamento, come quelli derivanti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione Europea o da fonti internazionali, tra cui rientra -sempre più chiaramente- anche il principio dello sviluppo sostenibile.

Questa flessibilità rende l'ordine pubblico uno strumento particolarmente utile per fondare un giudizio di liceità proiettato nel tempo, permettendo di valutare eventuali violazioni di diritti, bilanciando valori in un'ottica di tutela della persona, dell'ambiente e dei diritti, non solo nel presente, ma anche in prospettiva futura, in un contesto di vita sostenibile.

Quanto al "buon costume", una volta riconosciuta la piena penetrazione della di sostenibilità nel sistema giuridico, lo stesso potrebbe risultare del tutto irrilevante. Ciononostante, tale criterio può comunque integrare aspetti che il concetto di sostenibilità non riesce a far emergere all'interno degli altri parametri di valutazione. È noto, infatti, che il buon costume è un concetto intrinsecamente mutevole, modellato dalle trasformazioni del contesto culturale e sociale, al pari dell'ordine pubblico, con il quale talvolta può anche sovrapporsi⁵². Tuttavia, ciò non esclude la sua autonoma rilevanza, anche alla luce della specifica disciplina prevista dall'art. 2035 c.c.

Pur non apparendo evidente un collegamento diretto tra il giudizio sulla sostenibilità e il buon costume, inteso in senso tradizionale e circoscritto alla morale sessuale, il concetto potrebbe assumere rilevanza se lo si considera come espressione delle esigenze etiche profonde della società. In questo senso, potrebbe

51 FERRARA, F.: "Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano", Milano, 1914, p. 47 ss.; GUARNERI, A.: "Ordine pubblico", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, 1995, p. 154 ss.; Id.: "L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile", Padova, 1974, p. 25 ss., 93 ss.; FERRI, G.B.: "voce Ordine pubblico (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 1038; Id.: "Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto", Milano, 1970, p. 12 ss.; BARCELLONA, M.: "voce Ordine pubblico", in *Enc. dir.*, I tematici, Contratto, diretto da D'AMICO, G., Milano, 2021, p. 753 ss.; PANZA, G.: "Ordine pubblico: I) Teoria generale", in *Enc. giur. Treccani*, XXII, 1990, p. 4; LONARDOL, L.: "Ordine pubblico e illiceità del contratto", Napoli, 1993, pp. 12 ss., 302 ss.; D'AMICO, G.: "Ordine pubblico e illiceità contrattuale", in *Illiceità, meritevolezza, nullità*, a cura di DI MARZIO, F., Napoli, 2004, p. 26 ss.

52 FERRI, G.B.: "Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico", Milano, 1969, p. 130, rileva come "i concetti di ordine pubblico e di buon costume non sono fissi e immutabili, ma necessariamente variano con il fluire della storia e con il progredire della società e danno una sostanza nuova alla formula, pur rimanendo questa essenzialmente la stessa".

rappresentare un presidio per valori che non sono, o che per loro natura non possono esserlo, ancora pienamente riconosciuti o codificati in norme giuridiche⁵³.

53 FADDA, R.: "La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore", cit., p. 46.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, G.: "Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", in *Contr. impr.*, 2, 2022.

BARCELLONA, M.: "voce Ordine pubblico", in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, diretto da

D'AMICO, G., Milano, 2021.

BIANCA, C.M.: "Contratto europeo e principio causalista", in PARADISO, M. (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. C. Lazzara, Catania 12-14 settembre 2002, Milano, 2005.

BIFULCO, R.: "La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive, in *Analisi giuridica dell'economia*", 1, 2022.

BIZZARRO, A.: "La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale", Napoli, 2012.

BONNI, G.: "Attestato di prestazione energetica e tutela negoziale", in PENNASILICO, M. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014.

BRECCIA, U.: "Fonti del diritto contrattuale", in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010.

CAPOBIANCO, E.: "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", in *Annuario del contratto 2015*, diretto da D'ANGELO, A. e ROPPO, V., Torino, 2016.

CAPPIELLO, M. G.: "Il contratto 'a rilevanza ecologica': nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente", in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 1, 2020.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale", in *Rass. dir. civ.*, 2017.

CARTEI, G.F., RICCHI, M.: "Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività", Napoli, 2015.

CECCHETTI M.:

- "La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021.

- “La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un’occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?”, in *Quad. cost.*, 2022.

CERRINA FERONI, G.: “Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti”, Torino, 2011.

COCCONI, M.: “Un diritto per l’economia circolare”, in *Dir. econ.*, 3, 2019.

D’AMICO, G.: “Ordine pubblico e illiceità contrattuale”, in *Illiceità, meritevolezza, nullità*, a cura di DI MARZIO, F., Napoli, 2004.

DE CUPIS, A.:

- “Osservatorio sul diritto civile”, Milano, 1992.
- “Sulla ‘depatrimonializzazione’ del diritto privato”, in *Riv. dir. civ.*, 2, 1982.

DE LONARDIS, F.: “Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?”, in *Dir. amm.*, 1, 2017.

DE LONARDIS, F.: (a cura di) “Studi in tema di economia circolare”, Macerata, 2019.

DEGL’INNOCENTI, F.: “Verso un’autonomia contrattuale sostenibile”, Pacini Giuridica, Pisa, 2024.

DI GIOVANNI, A.: “Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà”, Torino, 2012.

DI PLINIO, G.: “L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente”, in *federalismi.it*.

DONISI, C.: “Verso la ‘Depatrimonializzazione’ del diritto privato”, in *Rass. dir. civ.*, 1980.

FABI, F., LOIERO, R., PROFITI, F.S.E.: “Il partenariato pubblico-privato nell’ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale”, Roma, 2015.

FADDA, R.: “La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore”, Esi, Napoli, 2024.

FANTINI, S.: “Il partenariato per l’innovazione”, in *Urb. app.*, 8-9, 2016.

FEDERICO, A.:

- "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", in *Rass. dir. civ.*, 2007.
- "L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi", in AA.VV.: *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazione S.I.S.Di.C., Capri 27-29 marzo 2008, Napoli, 2009.

FERRARA, F.: "Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano", Milano, 1914.

FERRARA, R.: "Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente", in *Dir. proc. amm.*, 2018.

FERRI, G.B.: "voce Ordine pubblico (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XXX, 1980.

FIDONE, G.:

- "Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti", in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012.
- "Osservazioni critiche sull'utilizzo dei criteri ambientali nei sistemi di contrattazione pubblica", in AMADEI, M. e COZZIO, M.: (a cura di) *Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici*, Trento, 2013.

GIANNOTTI, V.- PANATO, M.- SPEROTTO, N.: "Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico-privato. Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016", núm. 50, Milano, 2016.

GLIATTA, M.A.: "Ambiente e Costituzione: diritti distributivi e riconfigurazione della responsabilità intergenerazionale", in *Costituzionalismo.it*, 2021.

GRECO, M.: "La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma", in *Quad. cost.*, 2021.

GUARNERI, A.:

- "L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile," Padova, 1974.
- "Ordine pubblico", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, 1995.

IMBRENDA, M.: "Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare", Napoli, 2016.

IANNELLA, M.: "L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente", in *federalismi.it*.

JANNARELLI, A.: "Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali", in PENNASILICO, M. (a cura di), *Contratto e ambiente. Un altro modo di soddisfare i bisogni*, Esi, Napoli, 2016.

LAMBERTI, A., *Ambiente*, "Sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022", in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2022.

LANDINI, S.: "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", in PENNASILICO, M. (a cura di), *Contratto e ambiente. Un altro modo di soddisfare i bisogni*, Esi, Napoli, 2016.

LIPARI, N.: "Introduzione", in PENNASILICO, M. (a cura di), *Contratto e ambiente. Un altro modo di soddisfare i bisogni*, Esi, Napoli, 2014.

LONGOBUCCO, F.: "La contrattazione ecologicamente conformata nell'ottica del diritto civile", in www.ambientediritto.it.

LONARDOL, L.: "Ordine pubblico e illiceità del contratto", Napoli, 1993.

MAUGERI M.R.: "Il contratto di rendimento energetico e i suoi 'elementi minimi'", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014.

MELI, M.: "Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare", in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017.

MARCATAJO, G.: "La riforma degli articoli 9 e 41 della costituzione e la valorizzazione dell'ambiente", in *AmbienteDiritto.it*.

MARINO, R., TRAPANESE, G.: "Finanza sostenibile e inclusione sociale", in BOTTA, C., MARINO, R. (a cura di), *Diversità, equità e inclusione sociale. Percorsi di ricerca a confronto*, Esi, Napoli, 2023.

MONTALDO, R., "Il valore costituzionale dell'ambiente tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021.

NERVI, A.:

- "Beni comuni e ruolo del contratto", in *Rass. dir. civ.*, I, 2014.

- "Beni comuni e funzione del contratto", in PENNASILICO, M. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014.
- "Beni comuni, ambiente e funzione del contratto", in *Rass. dir. civ.*, I, 2014.

NUZZO, M. (a cura di): "Il principio di sussidiarietà nel diritto privato", I-II, Torino, 2014.

PAGLIANTINI, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", in PENNASILICO, M. (a cura di) *Contratto e ambiente. L'analisi 'ecologica' del diritto contrattuale*, Esi, Napoli, 2016.

PANZA, G., "Ordine pubblico: I) Teoria generale", in *Enc. giur. Treccani*, XXII, 1990.

PENNASILICO, M.:

- "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, I, 2017.
- "Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. 'comuni'. Per una 'funzione' e una 'utilità sociale' prese sul serio", in *Rass. Dir Civ.*, 2022.
- "Economia circolare e diritto: ripensare la 'sostenibilità'", in *Pers. e merc.*, 4, 2021.
- "Il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract)", in *Id.* (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014.
- "Il 'diritto civile dell'ambiente': premesse di metodo", in *Id.* (a cura di) *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014.
- "Interpretazione e integrazione del contratto", in PERLINGIERI, C. e RUGGERI, L. (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016.
- "L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico", in PENNASILICO, M. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014.
- "Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata", Napoli, 2011.

- “La ‘sostenibilità ambientale’ nella dimensione civil-costituzionale, verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 3, 2020.
- ““Proprietà ambientale’ e ‘contratto ecologico’: un altro modo di soddisfare i bisogni”, in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2018.
- “Sviluppo sostenibile e ‘contratto ecologico’: un altro modo di soddisfare i bisogni, in *Id.* (a cura di) *Contratto e ambiente. L’analisi ‘ecologica’ del diritto contrattuale*, Esi, Napoli, 2016.
- “Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi ‘ecologica’ del contratto”, in *Pers. e merc.*, 2015.

PERLINGIERI, P.:

- “‘Depatrimonializzazione’ e diritto civile”, in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi - Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1989.
- “Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti”, Esi, Napoli, 2006.
- “La sussidiarietà nel diritto privato”, in *Rass. dir. civ.*, 2016.
- “Persona, ambiente e sviluppo”, in PENNASILICO M. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Esi, Napoli, 2014.
- “Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia”, in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi - Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1989.

PERLINGIERI, P. e FEMIA, P., “Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile”, Napoli, 2004.

PERSIA, S.: “Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile “sostenibile”, in *Riv. Dir. Quadr. Amb.*, 1, 2018.

PIPERATA, G.: “Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell’ordinamento comunitario e nazionale”, in MASTRAGOSTINO, F.: (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011.

PIRAINO, F.: “Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012.

RESCIGNO, F.: "Quale riforma per l'articolo 9", in *federalismi.it*.

ROBLES, M.: "I fattori ambientali della "finanza di progetto" (project finance)", in PENNASILICO, M. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014.

ROPPO, V.: "Il contratto", in IUDICA, G. e ZATTI, P. (a cura di), *Tratt. Dir. Priv.*, Milano, 2011.

SACCO, R., in SACCO, R. e DE NOVA, G., "Il contratto", II, 3a ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004.

SCIAUDONE, F.: "L'accesso al credito per i progetti di efficienza energetica", in CARBONE, L., NAPOLITANO, G. e ZOPPINI, A. (a cura di): "Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica", in *Annuario di Diritto dell'energia*, 2016.

SOBRINO, G.: "Le generazioni future entrano nella Costituzione", in *Quad. cost.*, 2022.

TAGLIANETTI, G.: "Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing", Napoli, 2014.

VANINI, S.: "Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la Corte di Giustizia UE e il caso 'dieselgate' (C. Giust. UE 14 luglio 2022, in causa C-145/20, Porche inter-auto e Volkswagen)", in *Riv. dir. civ.*, 2023.

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE EL AUXILIO
DE “AERONAVES NO TRIPULADAS” O “DRONES”:
APROXIMACIÓN AL CONTRATO Y AL SISTEMA DE
RESPONSABILIDAD CIVIL*

*THE PROVISION OF SERVICES WITH THE AID OF
“UNMANNED CIVILIAN AIRCRAFT” OR “DRONES”: APPROACH
TO THE CONTRACT AND THE CIVIL LIABILITY SYSTEM*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 308-345

* Este trabajo es fruto del Proyecto de Investigación “El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social” (PID2021-122619OB-I00) financiado por MCIN/AEI, con DOI 10.13039/501100011033 y por FEDER “Una manera de hacer Europa”, del que es Investigadora Principal María Dolores Cervilla Garzón.

Juan Carlos
VELASCO
PERDIGONES

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: La irrupción indiscriminada en los últimos tiempos de las “aeronaves civiles no tripuladas” o “drones” han supuesto un desafío tanto para la sociedad como para el ordenamiento jurídico. La creciente utilización de estos aparatos trajo consigo la preocupación de las instituciones europeas y nacionales, adoptándose de forma progresiva una serie de normas regulatorias. Este trabajo tiene por objeto analizar los desafíos que ha supuesto este fenómeno tecnológico y cómo el ordenamiento de contratos y de la responsabilidad civil se ha ido adaptando, si bien, encajando con dificultad en las decimonónicas normas reguladoras de la prestación de servicios. Así, el estudio se vertebra en tres columnas fundamentales: i) el derecho de los drones; ii) unas notas sobre la prestación de servicios mediante el auxilio de estos elementos del espacio aéreo; y, iii) la configuración de su sistema de responsabilidad civil. Lo novedoso del trabajo se identifica con el encaje del fenómeno en el contrato de prestación de servicios (art. 1544 CC), abordándose el elemento subjetivo y objetivo de la relación; y, la composición del régimen de responsabilidad civil teniendo presente la reciente entrada en vigor del Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, y la derogación del Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre. En definitiva, un estudio completo desde el prisma iusprivatista que sienta las bases sobre una eventual relación de servicios con el uso de los drones y revisa los postulados del derecho de daños.

PALABRAS CLAVE: Aeronaves no tripuladas; dron; contrato de servicios; responsabilidad civil.

ABSTRACT: The recent indiscriminate irruption of ‘unmanned civilian aircraft’ or ‘drones’ has posed a challenge both to society and to the legal system. The growing use of these devices has led to the concern of European and national institutions, and a series of regulatory standards have gradually been adopted. The aim of this work is to analyse the challenges posed by this technological phenomenon and how the law of contracts and civil liability has adapted, albeit with difficulty, to the nineteenth-century rules regulating the provision of services. Thus, the study is structured in three fundamental columns: i) the law of drones; ii) some notes on the provision of services through the aid of these elements of airspace; and, iii) the configuration of their civil liability system. The novelty of the work is identified with the fitting of the phenomenon into the contract for the provision of services (art. 1544 CC), addressing the subjective and objective element of the relationship; and, the composition of the civil liability regime bearing in mind the recent entry into force of Royal Decree 517/2024, of 4 June, and the repeal of Royal Decree 1036/2017, of 15 December. In short, a complete study from a legal-privatist perspective that lays the foundations for an eventual service relationship with the use of drones and reviews the postulates of tort law.

KEY WORDS: Unmanned aircraft systems; drone; service contract; civil liability.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. USO PROFESIONAL DE LOS DRONES: BREVES NOTAS ACERCA DE SU REALIDAD COMERCIAL Y CONTRACTUAL.- III. RÉGIMEN JURÍDICO: “DERECHO DE LOS DRONES”.- 1. Ordenamiento europeo.- A) *Reglamento (UE) 2018/1139, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio.*- B) *Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, de la Comisión, de 24 de mayo de 2019 y Reglamento Delegado (UE) 2019/945, de la Comisión, de 12 de marzo de 2019.*- 2. Ordenamiento patrio: algunas notas sobre su evolución.- A) *Real Decreto-Ley 8/2014 y Ley 18/2014, de 15 de octubre.*- B) *Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre.*- C) *Real Decreto 517/2024, de 4 de junio.*- a) Objeto.- b) Ámbito de aplicación.- c) Obligación y excepción de aseguramiento.- III. USO PROFESIONAL Y CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE “AERONAVES NO TRIPULADAS” O “DRONES”.- 1. Drones civiles: ¿uso profesional?- 2. Relación contractual.- 3. Sujetos.- A) *Principal o cliente.*- B) *Prestador: operador y piloto a distancia.*- 3. El auxilio de una aeronave no tripulada o “dron” como servicio objeto de la prestación.- IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE AERONAVES NO TRIPULADAS O “DRONES”.- 1. Régimen previo.- A) *Responsabilidad objetiva.*- B) *Responsabilidad subjetiva.*- 2. Régimen vigente.- 3. Responsabilidad en caso de accidente.- A) *Naturaleza: responsabilidad contractual y objetiva.*- B) *Sujetos.*- a) Responsabilidad del operador.- b) Responsabilidad del piloto remoto.- c) Otros responsables.- C) *Supuestos de responsabilidad.*- a) Daños a las cosas.- b) Daños a las personas.- 4. Responsabilidad por producto defectuoso. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las “aeronaves no tripuladas”, dirigidas desde la superficie por control remoto, o “drones” [también denominadas sistemas de aeronaves no tripuladas (SANT), RPAs (*Remotely Piloted Aircraft*), UAVs (*Unmanned Aerial Vehicle* o UAS (*Unmanned Aircraft System*)]¹ han irrumpido con relevancia en el sector servicios. Cada vez más se ofrecen prestaciones de servicios en las que se recurre a la utilización de estos aparatos tecnológicos, desde operaciones logísticas a la agricultura, la vigilancia o el periodismo e, incluso, se plantea la posibilidad por diversas compañías la de servir para la entrega de mercancías.

El incremento del uso civil de los drones ha planteado no sólo retos técnicos y operativos, sino también nuevos desafíos jurídicos. Y es que, los drones -por su capacidad de operar en el espacio aéreo, recopilar información, ejecutar acciones o incluso transportar mercancías- presentan riesgos inherentes que deben ser prevenidos o mitigados mediante un ordenamiento adecuado. Las instituciones europeas y nacionales preocupadas por ese uso recurrente del espacio aéreo -con los problemas de seguridad que plantean- han adoptado a lo largo de los años diversas normas que han aspirado a regular su uso [Reglamento 1592/2002, Reglamento 216/2008, (derogados), Reglamento 2018/1139 o el Reglamento Delegado 2019/945]. En el plano nacional cabe destacar el Real Decreto-Ley

¹ A lo largo del trabajo se van a ir utilizando indistintamente estos términos.

8/2014 y Ley 18/2014, de 15 de octubre -que modificaron por primera vez la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (LNA)-, el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio o el Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, que ha sido derogado por el Real Decreto 517/2024, de 4 de junio.

Esta sobreproducción normativa sobre la cuestión ha creado cierta inseguridad al tener que integrarse el ordenamiento patrio con el europeo. Así, surge tanto la necesidad de deslindar aspectos poco tratados como la relación jurídica que nace de la demanda y oferta de servicios complejos que utilizan aeronaves no tripuladas, como la actualización de su sistema de responsabilidad civil, teniendo en cuenta las últimas reformas y el ordenamiento especializado en materia de drones. Este trabajo aspira a: i) analizar algunos aspectos de la prestación de servicios mediante el auxilio de aeronaves no tripuladas, principalmente aquellos que van a incidir en la configuración de la responsabilidad civil (relación contractual, elementos subjetivos y objeto); y, ii) desarrollar el régimen de responsabilidad civil, en el marco de la legislación actual, por los daños causados mediante la intervención de aeronaves no tripuladas. En este último aspecto, resulta interesante comprender la naturaleza y el régimen de la responsabilidad, según quién intervenga en la operación aérea (operador, piloto, transportista, propietario) y los eventuales perjudicados (terceros ajenos o no a una hipotética relación de servicios).

En cuanto a la metodología, resulta fundamental la exégesis de la evolución legislativa del fenómeno, orientada al estudio sistemático del marco normativo y doctrinal aplicable a la prestación de servicios y al régimen de responsabilidad. Mediante esta metodología se busca interpretar, sistematizar y componer o configurar los principios y criterios que inciden en la materia, con el fin de ofrecer claridad a eventuales relaciones de servicios y a al nacimiento de una responsabilidad por daños. Este enfoque permite estudiar cómo los distintos cuerpos normativos han abordado la figura de las aeronaves no tripuladas como objeto técnico-jurídico, las condiciones de su uso y, en particular, el régimen de responsabilidad civil derivado de los daños causados en el ejercicio de una compleja prestación de servicios.

Para alcanzar la finalidad propuesta, el trabajo se vertebra en cuatro partes diferenciadas. La primera ofrece unas notas sobre la realidad comercial y contractual actual del uso de los drones²; para seguidamente, afrontar su régimen jurídico especial (el derecho de los drones), incidiendo en los aspectos técnicos y jurídicos más relevantes para el estudio³. En tercer lugar, integrar el fenómeno y su regulación sectorial en la decimonónica regulación del contrato de prestación de servicios, abordándose los aspectos subjetivos y objetivos de mayor trascendencia

² *Vid. apdo. II.*

³ *Vid. apdo. III.*

para el derecho de daños⁴. Por último, se procede a la configuración de la estructura básica de la responsabilidad civil, deslindando su naturaleza, los sujetos responsables y los supuestos⁵.

II. USO PROFESIONAL DE LOS DRONES: BREVES NOTAS ACERCA DE SU REALIDAD COMERCIAL Y CONTRACTUAL.

Originariamente, las aeronaves no tripuladas o drones fueron concebidas como fruto de las necesidades militares⁶, aumentando su uso no militar a partir de la década de los 90⁷. Sin embargo, ha sido a partir de los últimos años cuando se ha manifestado un crecimiento exponencial del mercado de servicios con drones⁸. Cada vez más las empresas y profesionales ofrecen numerosos servicios en los que se recurre al auxilio de estos disruptivos aparatos. Así, en sectores como la agricultura, minería, cartografía y topografía, vigilancia, búsqueda y rescate, ingeniería y construcción, control de fronteras o medio ambiente, entre otras⁹, no sólo se ofertan los servicios profesionales que le son propios, sino que, además, se ofrecen otros nuevos o complementarios a los ya existentes con el empleo de aeronaves no tripuladas.

Recientemente, el foco de atención se centra en el transporte de productos, actividad que resultó innovadora en la época de la pandemia al utilizarse los drones para el transporte de material sanitario y farmacéutico y que, ahora, parece haberse materializado en el ámbito comercial. Así, la multinacional *Amazon* ha hecho realidad aquel sueño que llevaba tiempo desarrollando y perfeccionando, el envío de paquetes mediante el uso de drones (*Amazon Prime Air*), tras obtener autorización para operar en EEUU, Reino Unido e Italia¹⁰. Este panorama demuestra que tales aparatos están cambiando las reglas del juego de la logística y creando avanzados modelos de negocio, al igual que supone un desafío para el ordenamiento jurídico.

4 Vid. apdo. IV.

5 Vid. apdo. V.

6 Sobre este particular, vid. BENJAMIN, M.: *Las guerras de los drones. Matar por control remoto*, Anagrama, Barcelona, 2014.

7 BARRIO ANDRÉS, M.: "Drones. Concepto, Clases e Historia. Usos actuales. El derecho de los drones", en AA.VV.: *Derecho de los drones* (dir. por M. BARRIO ANDRÉS), La Ley, Madrid, 2018, pp. 42-43.

8 Vid. DE MIGUEL MOLINA, B. y DE MIGUEL MOLINA, M.: "El mercado de los drones y sus servicios en Europa", en AA.VV.: *Derecho de los drones* (dir. por M. BARRIO ANDRÉS), La Ley, Madrid, 2018, pp. 82-85.

9 Vid. ESTEBAN HERREROS, J. L.: *Los drones y su aplicación en la ingeniería civil*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2015.

10 Vid. <https://www.aboutamazon.es/noticias/innovacion/amazon-comenzara-a-realizar-envios-ultrarrapidos-con-drones-en-italia-reino-unido-y-una-tercera-localizacion-en-estados-unidos>

Así, el contrato de servicios -teniendo en cuenta su génesis y fundamento decimonónico¹¹- afronta nuevas formas de prestación, esta vez, a través del empleo o auxilio de elementos disruptivos como las aeronaves no tripuladas. La característica principal de esta relación contractual la constituye el recurso o el empleo del aparato, ya sea como prestación principal o meramente accesoria.

III. RÉGIMEN JURÍDICO: "DERECHO DE LOS DRONES".

La primera referencia normativa que hacía alusión a las aeronaves no tripuladas se encuentra en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944), ratificado por España el 24 de septiembre de 1968¹². El art. 8 -dedicado a las "aeronaves sin piloto"¹³- negaba la posibilidad de volar este tipo de aeronaves sobre el territorio de un Estado parte, a excepción de que se contase con una autorización especial del Estado en cuestión. Además de lo anterior, se añade que cada Estado contratante "se compromete a asegurar que los vuelos de tales aeronaves sin piloto en las regiones abiertas a la navegación de las aeronaves civiles sean controlados de forma que se evite todo peligro a las aeronaves civiles". Por tanto, el instrumento parte de la regla general de la prohibición de volar aeronaves sin piloto sobre el territorio de un estado parte, con la excepción de las autorizaciones correspondientes, quizás, por una razón: por el peligro y los problemas de seguridad que pueden acarrear.

La expansión rápida e incontrolada de las aeronaves no tripuladas en el ámbito profesional, comercial, recreativo y deportivo han propiciado que el legislador europeo y nacional comenzaran a preocuparse por el fenómeno, principalmente por el riesgo a las personas y bienes en la seguridad aérea que supone la exposición a tales elementos, incrementándose así la probabilidad de los accidentes. Como cualquier fenómeno social que irrumpe *ex novo* en la realidad jurídica, en un primer momento, resulta consustancial el vacío normativo y la inseguridad jurídica. De ahí que, las instituciones supranacionales mostrasen su especial preocupación y, a la vez, la oportunidad para aprovechar los beneficios económicos y sociales que comporta el uso civil de los drones, como de su potencial para el crecimiento y la generación de empleo¹⁴.

11 VELASCO PERDIGONES, J. C.: "La regulación en el Código Civil: arrendamiento de servicios", en AA.VV.: *El actual contrato de prestación de servicios* (coord. por C. LÓPEZ SUÁREZ), Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), pp. 45-53.

12 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1969.

13 Vid. GUERRERO LEBRÓN, M.J., CUERNO REJADO, C., MÁRQUEZ LOBILLO, P.: "Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado", *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 12, 2013, pp. 63 y ss.; GUERRERO LEBRÓN, M.J.: "La aeronave", en AA.VV.: *Derecho aéreo y del espacio*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 423 y ss.

14 Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Una nueva era de la aviación - Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible" [COM (2014) 207 final] (2015/C 012/14 (DOUE de 15 de enero de 2015). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014AE3189>

Una de las observaciones específicas que formula el Comité Económico y Social Europeo a la consulta planteada por la Comisión Europea, sobre la apertura del mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (Dictamen 2014), se centra en los problemas de seguridad y la necesidad de abordar aspectos como la “responsabilidad y seguros”¹⁵. En tal sentido, cabe destacar que el apdo. 5.2.1 del Dictamen muestra el interés supranacional en delimitar las responsabilidades del operador y usuario de los RPAS con respecto a terceros, existiendo consenso acerca de que tal responsabilidad debía basarse en las disposiciones establecidas para las aeronaves tripuladas.

I. Ordenamiento europeo.

A) Reglamento (UE) 2018/1139, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio.

La Unión Europea, ante el fenómeno de los drones, llevó a cabo una primera regulación de la materia a través del Reglamento (CE) núm. 1592/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2002, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea¹⁶, mediante el cual se excluía la aplicación reglamentaria a aquellas aeronaves civiles no tripuladas con una masa operativa no superior a 150 kg, ofreciendo la posibilidad a los Estados miembros a regular a través de su ordenamiento interno este fenómeno. Dicha norma fue derogada por el Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) núm. 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE¹⁷, que también contenía la citada exclusión¹⁸.

El 26 de junio de 2018, el Consejo adoptó el Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2018 sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se creaba una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modificaban los Reglamentos (CE) núm. 2111/2005, (CE) núm. 1008/2008, (UE) núm. 996/2010 y (UE) núm. 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogaban los Reglamentos (CE) núm. 552/2004 y (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) núm.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ DOCE, núm. 240, de 7 de septiembre de 2002.

¹⁷ DOUE, núm. 79, de 19 de marzo de 2008.

¹⁸ Vid. apdo. i) Anexo II.

3922/91 del Consejo¹⁹, derogando, con efectos de 11 de septiembre de 2018, el Reglamento (CE) núm. 216/2008.

El Reglamento (UE) 2018/1139 tiene como objetivo general el establecimiento y el mantenimiento de un nivel elevado y uniforme de seguridad en la aviación civil, sin dejar a un lado las aeronaves no tripuladas, partiendo de una realidad²⁰: que este tipo de aeronaves también están operando dentro del espacio aéreo junto con las aeronaves tripuladas; por lo que, el Reglamento debe abarcar las aeronaves no tripuladas, independientemente de su masa operativa. Y, además, se incide en que la tecnología actual hace posible una amplia gama de operaciones que han de ser objeto de normas, las cuales deben ser proporcionales al riesgo de la operación (Considerando 26), concediéndose cierta flexibilidad a los Estados miembros, todo ello conforme al riesgo y al principio de proporcionalidad, en relación a las características de los países destinatarios (Considerando 27).

En cuanto al ámbito de aplicación (art. 2), indicar que la norma resulta de interés a un amplio elenco de actividades de naturaleza esencialmente industrial y técnico, de las cuales -sin ánimo de detalle- se incluyen: i) el diseño y producción de productos, componentes y equipos para el control de aeronaves a distancia; ii) el diseño, producción, mantenimiento y operación de aeronaves, sus motores, hélices, componentes y equipos en determinadas circunstancias; iii) la operación de aeronaves con entrada o salida o dentro del territorio al que se aplican los Tratados por un operador de aeronaves de un tercer país; iv) al diseño, producción, mantenimiento y explotación de los equipos de aeródromo relacionados con la seguridad y la prestación de servicios de asistencia en tierra; v) al diseño, mantenimiento y explotación de determinados aeródromos; vi) la protección de los alrededores de los aeródromos; vii) a la prestación de servicios de gestión de tránsito aéreo y de navegación aérea; viii) al diseño de las estructuras del espacio aéreo en el cielo europeo; y, ix) al personal y a las organizaciones que participen en las actividades de las anteriores.

La Sección VII del Reglamento (arts. 55 a 58) especifica las normas aplicables a las "aeronaves no tripuladas", imponiéndose el cumplimiento de unos requisitos -catalogados de "esenciales"- previstos en el anexo IX (art. 55). A este respecto, de modo general, destacar que, dentro del requisito relativo al diseño, producción o mantenimiento y el relativo a la operación, se impone el deber de que el operador

19 DOUE núm. 212, de 22 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2018/212/L00001-00122.pdf>

20 El Reglamento (UE) 2018/1139 define "aeronave no tripulada" como "cualquier aeronave que opere o esté diseñada para operar de forma autónoma o para ser pilotada a distancia sin un piloto a bordo", es decir, mediante un "piloto a distancia", entendido como "toda persona física responsable de la conducción segura del vuelo de una aeronave no tripulada mediante la utilización de sus mandos de vuelo, ya sea manualmente o, cuando la aeronave no tripulada vuele automáticamente, mediante la supervisión de su rumbo y siendo capaz de intervenir y cambiar de rumbo en cualquier momento".

y el piloto a distancia conozcan la normativa nacional y de la Unión aplicable, especialmente la relativa a la protección, la privacidad, la protección de datos, la responsabilidad, los seguros, la seguridad y la protección del medio ambiente. Además, se determina que el operador y el piloto a distancia han de tener la capacidad de garantizar la seguridad de la operación y la separación segura de la aeronave no tripulada de las personas que se encuentran en tierra y de otros usuarios del espacio aéreo (1.1). Esto evidencia de la diligencia que ha de mostrar a este respecto el operador y el piloto con el objeto de evitar la materialización de los peligros que se presuponen a la riesgosa actividad. También se anuncian requerimientos técnicos centrados en el diseño y producción de estas aeronaves o que cuenten con las características y funcionalidades, así como la garantía de su aeronavegabilidad, al objeto de hacer valer su máxima seguridad y prevenir el riesgo a las personas, bienes y derechos (1.2, 1.3 y 2.1.1). Por otro lado, se determinan las condiciones que deben cumplir las organizaciones que intervengan en el diseño, la producción, el mantenimiento, las operaciones y los servicios relacionados, así como en la formación para operarlas (2.2). En cuanto a las condiciones que han de reunir las personas que participan en la operación de una aeronave no tripulada, incluido el piloto a distancia, resulta imprescindible que dispongan de los conocimientos, aptitud psicofísica y las destrezas necesarias para garantizar la seguridad de la operación, que deberán ser proporcionados al riesgo asociado con el tipo de operación (2.3). En relación a las operaciones, resulta de especial interés remarcar que el operador es considerado responsable de la operación y es quien ha de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar la seguridad (2.4.1), debiendo el vuelo adaptarse a la legislación, reglamentos y procedimientos que le sean de aplicación (2.4.2), garantizándose en la operación la seguridad de terceros en tierra y de otros usuarios del espacio aéreo con minimización de los riesgos derivados de las condiciones externas e internas adversas (incluidas las ambientales) (2.4.3). También se ha de velar porque la operación se lleve a cabo sólo si se encuentra la aeronave en condiciones de aeronavegabilidad (2.4.4).

Como se observa, la norma europea, más que una reglamentación detallada del uso de los drones, lo que contempla es un elenco de requisitos previos al acto de operación, con el fin de evitar o mitigar eventuales riesgos que puedan originarse por su uso, es decir, una especie de reglas técnicas de diseño y requerimientos para la aeronavegabilidad con clara función preventiva²¹.

B) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, de la Comisión, de 24 de mayo de 2019 y Reglamento Delegado (UE) 2019/945, de la Comisión, de 12 de marzo de 2019.

21 MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: "Responsabilidad Civil de los daños causados por drones y su aseguramiento", *Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2024, p. 13.

Con objeto de desarrollar diversos aspectos del Reglamento (UE) 2018/1139, se dictaron además otras dos normas relevantes: el Reglamento Delegado (UE) 2019/945 de la Comisión, de 12 de marzo de 2019, sobre los sistemas de aeronaves no tripuladas y los operadores de terceros países de sistemas de aeronaves no tripuladas²²; y el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, de la Comisión, de 24 de mayo de 2019 relativo a las normas y los procedimientos aplicables a la utilización de aeronaves no tripuladas²³.

El Reglamento Delegado (UE) 2019/945 establece los requisitos para el diseño y fabricación de los sistemas de aeronaves no tripuladas ("SANT"), incluyéndose en la definición el equipo destinado a controlarla de forma remota²⁴. La citada norma ha de ser complementada con el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, pues resulta de aplicación a aquellas aeronaves no tripuladas previstas para ser utilizadas conforme a las normas y condiciones aplicables a la categoría "abierta" de operaciones, "certificada" y "específica". Estas categorías, a modo de clasificación, son la medida del nivel de riesgo de las aeronaves no tripuladas.

Así, la categoría "abierta" coincide con aquellas SANT que presentan un nivel de riesgo más bajo, no estando sometidas a ninguna autorización previa ni declaración operacional antes de realizar la operación²⁵. Por su parte, la "específica" comprende aquellas operaciones con un riesgo más elevado y respecto de las cuales debe efectuarse una evaluación del riesgo exhaustiva para que su realización sea segura y de las que se precisa de autorización operacional expedida por la autoridad competente²⁶. Las operaciones de categoría "certificada" también están sujetas a certificación conforme al Reglamento Delegado (UE) 2019/945.

Por tanto, el Reglamento Delegado (UE) 2019/945 tiene naturaleza de norma técnica que viene a establecer los requisitos aplicables a los productos SANT (que no estén catalogados de juguetes conforme a la Directiva 2009/48/CE); las obligaciones de los fabricantes, importadores y distribuidores; la conformidad del producto; y las reglas del mercado CE.

En cambio, el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 tiene naturaleza reguladora de la utilización de los sistemas de aeronaves no tripuladas ("UAS"), incluyendo a las personas, los pilotos a distancia y las organizaciones que participen en tales operaciones (art. 1). La citada norma tiene como finalidad de garantizar la seguridad de las personas y otros usuarios del espacio aéreo, al igual que se hace con la aviación tripulada (Considerando 3 y 4).

²² DOUE núm. 152, de 11 de junio de 2019.

²³ DOUE núm. 152, de 11 de junio de 2019.

²⁴ Vid. art. 3 (definiciones).

²⁵ Art. 3 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

²⁶ *Ídem*.

Un gran número de operaciones de servicios con aeronaves no tripuladas se circunscriben a la categoría “abierta”, requiriéndose (art. 4 Reglamento de Ejecución): i) que el UAS pertenezca a una de las clases establecidas en el Reglamento Delegado; ii) que la masa máxima de despegue sea inferior a 25 kg; iii) que el piloto a distancia garantice que la aeronave no tripulada se mantiene a una distancia segura de las personas y que no vuela sobre concentraciones de personas, manteniéndose en todo momento la aeronave no tripulada dentro del alcance visual, salvo cuando vuele en modo sígueme o cuando se utilice un observador de aeronave no tripulada; iv) que durante el vuelo, la aeronave no tripulada no se aleje más de 120 m del punto más próximo de la superficie terrestre (salvo cuando sobrevuele un obstáculo); y v) que durante el vuelo, la aeronave no tripulada no transportará mercancías peligrosas ni dejará caer ningún material²⁷.

Sin embargo, están proliferando cada vez más operaciones que exceden de esta categoría, pues existen servicios en los que se usa el UAS para sobrevolar concentraciones de personas (v.gr. fotografía o filmación de eventos de distinta naturaleza) o la incipiente entrega de mercancías en las que la aeronave se pierde del alcance visual. Para estos supuestos, por razones de seguridad, se exigirá los requerimientos establecidos para la categoría “específica” (art. 5 Reglamento de Ejecución) o “certificada” (art. 6 Reglamento de Ejecución). La primera se aplica principalmente a aquellos supuestos en los que no se cumpla con los requisitos enumerados para la categoría “abierta”. Se incluirá en la categoría “certificada” cuando la operación con UAS cumpla cualquiera de estas condiciones: i) implique volar sobre concentraciones de personas; ii) conlleve el transporte de personas; y, iii) se dedique al transporte de mercancías peligrosas que puedan entrañar un riesgo elevado para terceros en caso de accidente.

El Reglamento de Ejecución también establece los requerimientos competenciales necesarios para los pilotos a distancia, distinguiéndose por categoría de riesgo (art. 8 y 9). Así, en términos genéricos, se establecen las diligencias mínimas que ha de adoptar el piloto: i) competencia apropiada; ii) obtención de información de la operación y del entorno; iii) aseguramiento de que el UAS está en condiciones para operar; iv) no superación de carga; v) no desempeño de sus funciones bajo los efectos del alcohol o sustancias psicoactivas; vi) respeto de limitaciones; vii) evitación de riesgos, etc. También se determina la edad mínima de los pilotos a distancia, estableciéndose en la edad de dieciséis años para las categorías “abierta” y “específica”, y se habilita a los Estados miembros para que modifiquen tal limitación hasta cuatro años en el caso de los pilotos a distancia que operen en la categoría “abierta” o en hasta dos años en el caso de los pilotos

27 Hay que tener en cuenta que la categoría “abierta” se divide en tres subcategorías A1, A2 y A3, en función de las limitaciones operacionales, los requisitos aplicables al piloto a distancia y los requisitos técnicos aplicables a los UAS (vid. anexo Parte A Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

a distancia que operen en la categoría "específica", a ponderar según los riesgos específicos relacionados con las operaciones realizadas.

2. Ordenamiento patrio: algunas notas sobre su evolución.

A) *Real Decreto-Ley 8/2014 y Ley 18/2014, de 15 de octubre.*

En España, la primera manifestación legal que establecía unos requisitos mínimos para operar con drones fue el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia²⁸; reemplazándose posteriormente por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia²⁹, que mantuvo su contenido. Esta norma se hacía eco del avance y aparición de nuevos usuarios del espacio aéreo: los drones, *RPAs (Remotely Piloted Aircraft)* o *UAVs (Unmanned Aerial Vehicle)*³⁰. De igual forma, se dejaba claro que la proliferación indiscriminada de estos aparatos traía consigo un riesgo a la seguridad aérea. Por ello, se imponía la necesidad de establecer un marco jurídico mínimo en condiciones de seguridad aplicable a estas aeronaves no tripuladas y a sus actividades, regulándose los requisitos objetivos, subjetivos y procedimentales para poder realizar áreas de trabajos técnicos o científicos³¹, esto es, la reglamentación de las condiciones de explotación para la realización de trabajos técnicos o científicos; operaciones especializadas o vuelos de prueba de producción y de mantenimiento o de demostración; programas de investigación sobre la viabilidad de realizar determinada actividad con aeronaves civiles pilotadas por control remoto; de desarrollo de nuevos productos; o, para demostrar la seguridad de las operaciones específicas de trabajos técnicos o científicos (Sección 6.ª "Aeronaves civiles pilotadas por control remoto"; Título II "Infraestructuras y Transporte"; Capítulo I "Aviación civil").

Así, se dispuso un extenso art. 50 que por primera vez regulaba las operaciones de aeronaves civiles pilotadas por control remoto. De este precepto cabe destacar la posición del operador; catalogándose de responsable de la aeronave y de la operación, quien debía de velar por el cumplimiento de la normativa aplicable. Además, expresamente se determinaba que no quedaba exento de su responsabilidad por los daños causados por la operación o la aeronave.

28 BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014.

29 BOE núm. 252, de 17 de octubre de 2014.

30 Vid. Preamble (V).

31 GALLARDO ROMERA, E.: "Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares", en AA.VV.: *Derecho de los drones* (dir. por M. BARRIO ANDRÉS), La Ley, Madrid, 2018, p. 115.

La norma sólo incluía la operación de aeronaves civiles pilotadas por control remoto de peso inferior a los 150 kg y aquellas otras de peso superior destinadas a la realización de actividades de lucha contra incendios, de búsqueda y salvamento, ya que el resto estaban sujetas al ordenamiento europeo.

También, la norma efectúa una primera modificación de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (en adelante, LNA), para incluir dentro del concepto de “aeronave” a las pilotadas por control remoto y, así, quedaran sujetas a sus disposiciones, a excepción de las que sean utilizadas exclusivamente para fines recreativos o deportivos, cuestión que más adelante se aborda. La LNA se verá nuevamente afectada por la disposición final primera del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, reformulándose el concepto de “aeronave”³².

A pesar de todo, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, fue temporal, ya que su vigencia quedaba condicionada a la promulgación de reglamentación específica reguladora de las aeronaves civiles pilotadas por control remoto (apdo. 2 Disposición Final segunda)³³, en este caso, el ya también derogado Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea³⁴, al que a continuación se hace referencia³⁵.

B) Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre.

El Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, -ya derogado y reemplazado-, fue considerado como la norma nacional de mayor especificación -con respecto a las anteriores normas nacionales- en la regulación de las aeronaves pilotadas por control remoto o drones y la que dotaba de cierta profesionalización del sector, si bien, fue criticado por algunos autores por resultar todavía un marco jurídico incompleto³⁶.

En cuanto a su aplicabilidad, destacar que su ámbito objetivo son RPAs cuya masa máxima al despegue sea inferior a los 150 kg o, cualquiera que sea su masa máxima

32 BOE núm. 187, de 8 de julio de 2020.

33 Dispone su DF 2ª: “A la entrada en vigor de la referida norma reglamentaria quedará sin vigencia el contenido del artículo 50”.

34 BOE núm. 316, de 29 de diciembre de 2017.

35 Vid. apdo. B).

36 Cfr. NADAL GÓMEZ, I.: “La litigiosidad que se nos viene encima: cuestiones procesales al hilo de la aparición de ‘drones’ en nuestros cielos”, *Actualidad administrativa*, La Ley, núm. 1, 2016.

al despegue, cuando estén excluidas de la aplicación del Reglamento (CE) 216/2008, por concurrir alguna de las circunstancias del anexo II del citado Reglamento, que efectúen operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales; y a aquellas, cualquiera que sea su masa máxima al despegue, que efectúen actividades de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares, en su caso, con las salvedades previstas en el art. 3. Así, se excluía -sin ánimo de exhaustividad- los globos libres no tripulados y los globos cautivos; los vuelos que se desarrollen en su integridad en espacios interiores completamente cerrados; las aeronaves y los sistemas de aeronaves pilotadas por control remoto (RPAS) militares; las utilizadas exclusivamente para exhibiciones aéreas, actividades deportivas, recreativas o de competición, incluidas las actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete; y, las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) cuya masa máxima al despegue sea superior a 150 kg.

Las operaciones aéreas especializadas -también denominadas trabajos técnicos, científicos o trabajos aéreos- eran definidas como cualquier operación, ya sea comercial o no comercial, distinta de una operación de transporte aéreo, en la que se utiliza una aeronave pilotada por control remoto (RPA) para realizar actividades especializadas, tales como, actividades de investigación y desarrollo, actividades agroforestales, levantamientos aéreos, fotografía, vigilancia, observación y patrulla, incluyendo la filmación, publicidad aérea, emisiones de radio y televisión, lucha contra incendios, lucha contra la contaminación, prevención y control de emergencias, búsqueda y salvamento o entrenamiento y formación práctica de pilotos remotos. Una suerte de actividades u operaciones que se relacionan íntimamente con las notas de prestación profesional de servicios, en el que se manifiesta el auxilio -ya sea de forma principal o accesoria- de aeronaves no tripuladas o drones, denominado por los autores "uso profesional de los drones civiles"³⁷.

En términos generales, la norma vino a establecer unos requisitos y obligaciones mínimas a cumplir en el uso de estas aeronaves, obligando a operadores y pilotos a adoptar una serie de medidas en resguardo de la seguridad aérea. Así, se determinaba la responsabilidad del piloto remoto de detectar y evitar posibles colisiones y peligros (art. 4); se establecía la obligación de identificación y matrícula de las aeronaves (art. 8, 9 y 19), de disponer de un certificado de aeronavegabilidad (art. 11); se determinaban las responsabilidades del fabricante y operador en materia de mantenimiento (art. 16 y ss.); se indicaban las condiciones para la utilización del espacio aéreo (art. 20 y ss.); los requisitos de la operación y obligaciones del operador (art. 26 y ss.) -entre las que se encuentra la disposición de una póliza de seguro o garantía que cubra la responsabilidad civil- y los requerimientos del piloto

37 GALLARDO ROMERA, E.: "Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares", cit., pp. 126-128.

(art. 33 y ss.). Por último, se cierra con una serie de mecanismos para verificar el cumplimiento de la regulación en la materia (actividad inspectora y sancionadora).

Este Real Decreto pone de manifiesto la peligrosidad para la seguridad colectiva del uso de aeronaves no tripuladas, creándose un marco normativo que pretendía dotar de cierta seguridad, si bien, resultaba necesario efectuar una revisión con objeto de desarrollar aquellos aspectos que son competencia de los Estados miembros o han sido dejados a su regulación interna y, así, complementar lo ya dispuesto por el ordenamiento supranacional. Bajo este preludio nace el vigente Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, por el que se desarrolla el régimen jurídico para la utilización civil de sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS), y se modifican diversas normas reglamentarias³⁸, con la consecuente pérdida de vigencia del Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre.

C) Real Decreto 517/2024, de 4 de junio.

a) Objeto.

El Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, tiene por objeto (art. 1): i) completar el régimen jurídico europeo [a]); ii) establecer el régimen aplicable a las aeronaves no tripuladas y sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlar la aeronave a distancia, cuando lleven a cabo actividades o servicios civiles de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, control fronterizo, vigilancia costera o similares, emprendidas en el interés general por un organismo investido de autoridad pública o en nombre de este, así como al personal y a las organizaciones que participen en las actividades y los servicios desarrollados por dichas aeronaves, que queden excluidas del ámbito de aplicación de las normas europeas [b]); y, iii) completar el régimen jurídico sobre el marco regulador de *U-Space* en materia de organización y competencias [c]).

La norma patria lo que hace es desarrollar y completar “aquellos aspectos que, o bien son competencia de los Estados miembros, o bien han sido dejados expresamente a la decisión de éstos por la normativa de la Unión Europea” y, uno de dichos aspectos es la utilización civil de *UAS*. Por tanto, el Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, debe integrarse con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2018/1139 (denominado “Reglamento Base”), en el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 y en el Reglamento Delegado (UE) 2019/945.

³⁸ En materia de control a la importación de determinados productos respecto a las normas aplicables en materia de seguridad de los productos; demostraciones aéreas civiles; lucha contra incendios y búsqueda y salvamento y requisitos en materia de aeronavegabilidad y licencias para otras actividades aeronáuticas; matriculación de aeronaves civiles; compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos; Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea; y notificación de sucesos de la aviación civil (BOE núm. 136, de 5 de junio de 2024).

b) Ámbito de aplicación.

En cuanto a su aplicabilidad (art. 3), se especifica que la norma ha de emplearse, entre otros destinatarios, a "los UAS civiles y a las aeronaves no tripuladas civiles" y, en todo caso, a su personal y a las organizaciones que participen en sus actividades; naturalmente, siempre que la operación se desarrolle en territorio y espacio aéreo de soberanía española.

Por el contrario, no resultará de aplicación a aquellas aeronaves no tripuladas cuya actividad se desarrolle en su integridad en espacios interiores cerrados o la probabilidad de que la aeronave escape al espacio aéreo abierto sea muy baja; a las ancladas; y, las militares o utilizadas en actividades o servicios militares.

c) Obligación y excepción de aseguramiento.

Otro de los aspectos a destacar del Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, es la obligación de aseguramiento que se recoge en su art. 8. En este sentido, se distinguen dos regímenes distintos, dependiendo de la "masa máxima de despegue" ("MTOM"³⁹) de la aeronave.

Por un lado, aquellas con una "MTOM" igual o superior a 20 kg, cuyos operadores estarán obligados al aseguramiento de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos⁴⁰. Por otro lado, para las operaciones con una "MTOM" inferior a 20 kg -en las categorías "abierta" (subcategoría A2), "específica" (cualquier modalidad) y "certificada"- las operadoras deberán disponer de una póliza de seguro o de cualquier otra garantía financiera que cubra las responsabilidades civiles a cuyo aseguramiento estén obligados de conformidad con los arts. 126 y 127 LNA, esto es, garantizar los riesgos que afecten a la aeronave, mercancías, pasajeros y flete, de las responsabilidades derivadas de los daños causados a terceros por la aeronave en tierra, agua o vuelo, [así como el seguro de pasajeros, de aeronaves destinadas al servicio de líneas aéreas y el de las que sean objeto de hipoteca (posibilidades que no parecen tener cabida de momento en la operatividad de las aeronaves no tripuladas)]. En cuanto a su cuantía, el texto remite a lo dispuesto en el Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea⁴¹.

39 Según el art. 2 definición 22) del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, se entiende por "MTOM" como la "masa máxima de la aeronave no tripulada, incluyendo la carga útil y el combustible, de acuerdo con la definición del fabricante o del constructor, con la que dicha aeronave puede ser utilizada".

40 Esta norma establece los requisitos en materia de seguro de pasajeros, equipaje, carga y terceros (art. 4), determinándose las cantidades mínimas de cobertura del seguro (art. 6) [DOUE núm. 138, de 30 de abril de 2004].

41 BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001.

La norma excluye de la obligación de aseguramiento el resto de operaciones cuando la “MTOM” sea inferior a 20 kg, es decir, las que comprendan las subcategorías A1 y A3 de la categoría “abierta” y a aquellas operaciones realizadas íntegramente en espacios interiores o realizadas por aeronaves ancladas. Naturalmente, que estén exentas de seguro obligatorio, no excluye de la exigencia de una hipotética responsabilidad por los daños que causaren.

III. USO PROFESIONAL Y CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE “AERONAVES NO TRIPULADAS” O “DRONES”.

I. Drones civiles: ¿uso profesional?

El uso de aeronaves no tripuladas y su estrecha relación con la prestación de servicios, se clarificaba con el concepto de “operación comercial” que ofrecía el derogado Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre: operación aérea especializada realizada por cuenta ajena (prestador) en la que se da o promete una remuneración, compensación económica o contraprestación de valor [por otra, a cambio de un precio] respecto del vuelo o de su objeto del vuelo (objeto de la prestación). Como puede observarse, existe un claro paralelismo o estructura con el concepto de contrato de prestación de servicios, en el que una de las partes se obliga a prestar una operación aérea especializada -consistente en trabajos técnicos, científicos o trabajos aéreos (el servicio)-, esto es una actividad o trabajo mediante el uso de drones a cambio de una retribución⁴².

Sin embargo, con la derogación del Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, y la entrada en vigor del Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, la significación profesional y comercial de las operaciones con aeronaves han quedado relegadas por una regulación de la actividad en sentido amplio, “sin distinción por razón de su uso” o finalidad⁴³. El ordenamiento patrio -que completa el ordenamiento europeo- ha ampliado su ámbito aplicativo a toda aeronave no tripulada y equipo para su control remoto (UAS) y al personal y organizaciones que participen en sus actividades, sin tener en cuenta o sin distinción de la finalidad perseguida, es decir, provenga o no de una actividad comercial, bien sea para un trabajo técnico, científico o aéreo, bien para el uso recreativo o deportivo. Esta falta de concreción también se ha reflejado en el régimen de la responsabilidad, ampliándose el ámbito de aplicación de la LNA a cualquier aeronave operada o diseñada para operar de forma autónoma (incluidos los aeromodelos), cualesquiera que sean las finalidades a las que se destinen, y suprimiéndose la exclusión de su aplicación a las aeronaves

42 VELASCO PERDIGONES, J. C.: “La regulación en el Código Civil: arrendamiento de servicios”, cit., p. 53.

43 Vid. Preámbulo (I) Real Decreto 517/2024, de 4 de junio.

pilotadas por control remoto utilizadas exclusivamente con fines recreativos o deportivos⁴⁴.

Naturalmente, aunque ya el ordenamiento no distinga el uso profesional, recreativo o deportivo de las aeronaves no tripuladas, no quiere ello indicar que esta realidad no exista. Los motivos de esta indistinción de finalidades se centran en la ampliación del ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad civil (y seguro) previsto en la LNA, como más adelante se ve⁴⁵.

2. Relación contractual.

Los drones se han convertido en herramientas fundamentales para ofrecer un amplio espectro de servicios profesionales. Por razones de versatilidad, rapidez y capacidad de acceso a zonas complejas, su utilización se ha extendido a múltiples sectores de la economía, demandándose: para el mapeo de terrenos, inspección de infraestructuras, monitoreo de obras; inspección de paneles solares, líneas eléctricas; vigilancia y fumigación de cultivos; realización de fotografías y vídeos aéreos (en celebraciones, eventos deportivos, conciertos, producciones cinematográficas, promociones inmobiliarias, etc.); localización y salvamento; monitoreo ambiental, control de incendios; servicios de acceso a internet, entre otras muchas actividades.

Por tanto, partimos de la existencia, cada vez más, de prestaciones complejas de servicios en las que se recurre al auxilio de aeronaves no tripuladas (UAS), interviniendo un sujeto prestador (operador/piloto) que ofrece sus cualificados servicios mediante el empleo de drones por un precio o retribución, frente a otro sujeto que los demanda (cliente).

3. Sujetos.

En una relación de servicios, cabe distinguir las dos partes de la relación obligatoria, esto es, el principal o cliente y el prestador (operador/piloto).

A) Principal o cliente.

El principal o cliente es la persona física o jurídica acreedora y demandante de la prestación de servicios, consistente en una operación aérea con aeronaves no tripuladas (pilotadas por control remoto desde la superficie), o de la que se auxilia y por la que se paga una retribución.

⁴⁴ Vid. Disposición final primera Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (BOE núm. 187, de 8 de julio de 2020).

⁴⁵ Vid. apdo. IV.

B) Prestador: operador y piloto a distancia.

El prestador coincide con la parte deudora y oferente de la prestación de los servicios cualificados en los que se van a utilizar aeronaves no tripuladas. La cuestión estriba si existe identidad entre prestador y operador o, por el contrario, el prestador es el piloto. Si acudimos a las definiciones que ofrece el derecho de los drones, puede decirse que existe cierta confusión al respecto. Así, el art. 3 4) Reglamento Delegado (UE) 2019/945 define “operador de sistema de aeronave no tripulada (operador SANT)” “toda persona física o jurídica que utilice o tenga la intención de utilizar uno o varios SANT”, concepto idéntico al recogido en el art. 2 2) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 [a excepción del término “SANT” usándose en su lugar el término “UAS”. (Sin embargo, como se ha dicho en otros apartados, el contenido conceptual de dichas abreviaturas es coincidente con los elementos que la engloban: aeronave no tripulada y equipo de control remoto)].

Hasta ahora, la definición de operador -a los efectos de determinar si podría coincidir con la de prestador- resulta confusa al recurrirse al verbo “utilizar”, puesto que también el piloto puede ser sujeto que aproveche el uso de la aeronave no tripulada. Quizás, una mayor claridad acerca de la definición de “operador” ofrece la definición 13) del art. 3 Reglamento (UE) 2018/1139: “cualquier persona física o jurídica que explota o desea explotar una o más aeronaves”. La “explotación” o el hecho de “explotar” se relaciona a la acción de sacar provecho, entendido como forma de obtener rendimiento económico. El vigente Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, nada aclara sobre la definición, a pesar de sí haberlo hecho el derogado Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, que disponía que el operador era la persona física o jurídica que realizase operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales y que es responsable del cumplimiento de los requisitos establecidos para una operación segura y, cuando fuese una persona física podría ser asimismo piloto remoto u observador, si acredita el cumplimiento de los requisitos exigibles.

En relación al piloto remoto o a distancia, el art. 2.2 Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, para su definición remite a lo dispuesto en el ordenamiento europeo. La definición 31) (art. 3) Reglamento (UE) 2018/1139 indica en este sentido: “toda persona física responsable de la conducción segura del vuelo de una aeronave no tripulada mediante la utilización de sus mandos de vuelo, ya sea manualmente o, cuando la aeronave no tripulada vuele automáticamente, mediante la supervisión de su rumbo y siendo capaz de intervenir y cambiar de rumbo en cualquier momento”⁴⁶.

⁴⁶ Concepto parecido al contenido en la definición 27) del art. 3 Reglamento Delegado (UE) 2019/945. En la regulación anterior (Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, la definición ofrecida de piloto remoto conllevaba a la necesaria designación por el operador para que realizase la operación de vuelo y controlase el vuelo.

Por tanto, de la normativa europea se deriva que la persona de "operador" de aeronaves no tripuladas y "piloto remoto o a distancia" podrían coincidir, no parecen incompatibles, naturalmente si son personas físicas. En el rol de operador se encuadraría aquella que tiene como finalidad la explotación de operaciones aéreas y el piloto, el conductor profesional que, mediante el uso de mandos a distancia de una aeronave no tripulada, la pilota, supervisa e interviene en su rumbo. Así las cosas, el operador y el piloto -persona física- podrían coincidir en el mismo sujeto prestador a los efectos de una prestación de servicios de operaciones con aeronaves no tripuladas, independientemente de que el ordenamiento de drones prevea distintas obligaciones y requerimientos para cada uno de estos perfiles. También puede ocurrir que se contrate con un operador los servicios de dron y este proporcione o subcontrate al piloto, siendo susceptible de dos regímenes distintos: el laboral y el civil de servicios.

3. El auxilio de una aeronave no tripulada o "dron" como servicio objeto de la prestación.

El "servicio" es definido por algún autor como "una actividad en sí misma considerada, susceptible de valoración económica y objeto de un derecho de carácter meramente obligatorio"⁴⁷, y dentro de esa actividad puede encontrarse la prestación, principal o accesoria, consistente en el uso de un dron para una determinada finalidad o interés demandado por un tercero. Es decir, puede encontrarse dentro de la obligación el recurso a cualquier aeronave que opere o esté diseñada para operar de forma autónoma o para ser pilotada a distancia sin un piloto a bordo⁴⁸.

Los "servicios" que pueden prestarse mediante el auxilio de aeronaves no tripuladas son de muy diversa naturaleza, englobándose obligaciones de hacer de medios y de resultado al haberse desmembrado la relación arrendamiento de servicios/obligación de medios y contrato de obras/obligación de resultado (v.gr. realizar la operación de vuelo evitando daños, entregar fotografías, elaborar un dictamen, entre otros)⁴⁹.

La prestación, en el caso que se estudia, lleva consigo la utilización de una aeronave no tripulada, una forma determinada de llevar a cabo la obligación contraída. Y es que, hay que diferenciar la prestación en sí misma considerada -consistente en los trabajos técnicos, científicos o trabajos aéreos- y el auxilio de otros elementos esenciales o no para llevar a cabo la prestación. Dependerá de la

47 CAPPONI, M.C.: "Responsabilità oggettiva del prestatore di servizi", *Rivista di Diritto commerciale*, 1989, p. 569.

48 El art. 2.2 Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, acoge la definición de "aeronave no tripulada" ofrecida por el ordenamiento europeo, remitiendo al art. 3, definiciones 30) del Reglamento (UE) 2018/1139.

49 CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: *Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2021, p. 39.

voluntad e interés de las partes en integrar dentro de la obligación que se recurra al aparato aéreo. La prestación técnica o científica puede tener una naturaleza simple o compuesta (o colectiva); en el primer caso, la obligación versa sobre un solo objeto (v.gr. contratar los servicios de dron para visualizar el estado del tejado de una casa) y, en el segundo, el deudor se compromete al cumplimiento de tantas prestaciones (v.gr. contratación de los servicios para fumigación de un cultivo, revisar su estado, proporcionar fotografías y emitir un informe técnico)⁵⁰. En el caso de una pluralidad de prestaciones podrían articularse de dos formas: i) aquellas que tengan la misma trascendencia para la satisfacción del interés del acreedor por su finalidad empírica en conjunto; y, ii) que una de ellas deba considerarse como principal y otras como accesorias⁵¹. Cuando se contrata una pluralidad de servicios con la intervención de estos elementos de la tecnología, la prestación con el dron se encuentra en el mismo plano y puede poseer la misma trascendencia para la satisfacción del acreedor (v.gr. emisión de un dictamen que resulta necesario el empleo de un dron: tan necesario es el resultado como el recurso al instrumento).

En sede de incumplimiento y remedios cobrará especial virtualidad que la prestación a realizar con el empleo de aeronaves no tripuladas se encuentre dentro del objeto de la prestación (*in obligatione*) y sea de naturaleza principal, determinante y esencial para la satisfacción del interés del acreedor. Lo fundamental radica en determinar la perturbación del proyecto de prestación y hasta qué punto no es satisfecha la expectativa del acreedor⁵², esto es, que si ante la ausencia empleo de un dron, se obtiene o no el fin económico del contrato⁵³. Para ello, habría que analizar cómo ha interferido en la satisfacción del interés del acreedor la falta de empleo de un elemento -considerado esencial- como lo puede ser la aeronave no tripulada.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE AERONAVES NO TRIPULADAS O “DRONES”.

I. Régimen previo.

Antes de la modificación de la LNA -operada por el Real Decreto 8/2014, de 4 de julio, reemplazado por la Ley 18/2014, de 15 de octubre- la responsabilidad civil derivada del uso de aeronaves no tripuladas era de carácter subjetivo, conforme al art. 1902 CC. Y esto era así porque el fenómeno no había tomado partida en

50 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Derecho civil español, común y foral. Parte especial. Libro segundo. Derecho de obligaciones*, t. IV, Madrid, 1989, p. 76.

51 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 516.

52 Ibidem, p. 673.

53 Vid. STS 12 abril 2012 (RJ 2012, 5894).

la legislación interna hasta ese año, debiendo remitirse a las normas generales de la responsabilidad civil. Posteriormente, una vez promulgado el Real Decreto 8/2014, de 4 de julio, y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, se modifica nuevamente la LNA y coexistieron dos sistemas de responsabilidad civil de naturaleza diversa: la responsabilidad objetiva y la subjetiva.

A) Responsabilidad objetiva.

La aprobación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, sustituido por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, supuso un antes y un después en el sector aeronáutico⁵⁴, ya que se amplificaba el concepto de "aeronave" en la LNA, acaparando no sólo "toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores", sino especialmente a "cualquier máquina pilotada por control remoto que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra"⁵⁵.

Tal como se ha expuesto anteriormente, no es sino con la entrada en vigor de la reforma de la LNA en 2014 cuando se introduce en el ordenamiento jurídico español por primera vez la aplicabilidad del régimen de responsabilidad objetiva a los daños ocasionados por aeronaves no tripuladas, basado en el accidente o daño producido⁵⁶. Esta configuración respondía -aunque insuficientemente- a la necesidad de adaptar el marco normativo a los riesgos específicos derivados de la operación de estos dispositivos, obedeciendo a criterios de distribución del riesgo, protección de terceros y seguridad aérea.

La mayoría de la doctrina entendió que se establecía un sistema de responsabilidad objetiva derivado del riesgo que supone el uso de las aeronaves no tripuladas, si bien, este régimen objetivo no sería aplicable a todos los usos que podrían darse a los drones, aunque el ámbito aplicativo los englobara⁵⁷. Y es que, el nuevo art. 150.2 LNA dejaba fuera de la aplicación del régimen previsto

54 Vid. GUERRERO LEBRÓN, M.J.: "La regulación transitoria de los operadores de aeronaves civiles pilotadas por control remoto", *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014; FRANCO GARCÍA, M.A.: "El régimen jurídico de las aeronaves civiles pilotadas por control remoto: análisis del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio", *Diario La Ley*, núm. 8370, 2014; BRUFAO CURIEL, P.: "El régimen jurídico internacional, europeo y español de las aeronaves no tripuladas o drones y su influencia en el mercado, la gestión y el derecho aeronáutico" *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2015.

55 Vid. art. 11 a) LNA.

56 Vid. art. 120 LNA.

57 CASTELLS I MARQUÉS, M.: "Drones civiles", en AA.VV.: *Inteligencia Artificial. Tecnología. Derecho*, (dir. por S. NAVAS NAVARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 88 y ss.; MONTERROSO CASADO, E., y DÍAZ DÍAZ, E.: "Responsabilidad civil y protección de datos en el uso de los drones", en AA.VV.: *Inteligencia Artificial y riesgos cibernéticos: responsabilidades y aseguramiento* (coord. por A. MUÑOZ VILLAREAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 206 y ss.; MONTERROSO CASADO, E.: "Daños causados por aeronaves no tripuladas (drones): responsabilidad civil de los operadores y su aseguramiento", *Anuario jurídico ICAM*, 2020, pp. 69-72; MORENO MARIN, M.D.: "La responsabilidad por daños en el uso de drones" *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 147, abril, 2021, p. 6, entre otros.

en la norma objetivadora de la responsabilidad aérea aquellas aeronaves civiles pilotadas por control remoto que fuesen utilizadas exclusivamente para fines recreativos o deportivos, por lo que en estos casos resultaba de aplicación el régimen culpabilístico del art. 1902 CC⁵⁸.

B) Responsabilidad subjetiva.

Con la promulgación del Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, el sistema de responsabilidad civil establecido por la reforma del 2014 se mantiene. De hecho, en coherencia con lo dispuesto en la LNA, el art. 2.2 Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, deja fuera de su aplicación a “las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) utilizadas exclusivamente para exhibiciones aéreas, actividades deportivas, recreativas o de competición, incluidas las actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete”. De ahí que, nuevamente, no sea posible la imputación de responsabilidad objetiva para cualquier uso, sino sólo para aquellas actividades que denotan de cierta profesionalidad y experiencia, consistentes en “operaciones aéreas especializadas” o “trabajos técnicos, científicos o aéreos” ex art. 5 l.

En este sentido, cuando los daños derivasen de operaciones relativas a exhibiciones aéreas, actividades deportivas, recreativas, de competición y actividades lúdicas, la responsabilidad corresponderá conforme a las reglas generales establecidas en el art. 1902 y ss. CC⁵⁹, exigiéndose la concurrencia de los elementos tradicionales de la responsabilidad extracontractual: acción u omisión, daño, nexo causal y la culpa como criterio de atribución⁶⁰. Ahora bien, la mayoría de la doctrina sostiene que la responsabilidad del operador y del piloto de aeronaves no tripuladas para estos fines se encuentra sujeta a un régimen de responsabilidad cuasiobjetiva o por riesgo, en atención a las obligaciones y previsiones establecidas en el Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre⁶¹.

2. Régimen vigente.

Como se ha señalado anteriormente, el concepto de “aeronave” contenido en la LNA volvió a reformularse con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, con el objeto que dicho concepto -recogido en su artículo once- se adaptase a la definición que ofrecía el ordenamiento europeo, ampliándose de

58 Establecía expresamente el art. 150.2 LNA en la redacción operada por el Real Decreto 8/2014, de 4 de julio, y la Ley 18/2014, de 15 de octubre: “[l]as aeronaves civiles pilotadas por control remoto, cualesquiera que sean las finalidades a las que se destinen excepto las que sean utilizadas exclusivamente con fines recreativos o deportivos, quedarán sujetas asimismo a lo establecido en esta Ley y en sus normas de desarrollo, en cuanto les sean aplicables”.

59 CASTELLS I MARQUÉS, M.: “Drones recreativos. Normativa aplicable, responsabilidad civil y protección de datos”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 1 (enero-marzo), 2019, pp. 312-313.

60 HERRERA DE LAS HERAS, R.: “Drones y responsabilidad civil”, en AA.VV.: *Derecho de los drones* (dir. por M. BARRIO ANDRÉS), La Ley, Madrid, 2018, p. 250.

61 *Ibidem*, pp. 251-254.

este modo el ámbito de aplicación a los aeromodelos y a las aeronaves operadas o diseñadas para operar de forma autónoma y también se suprimía la exclusión de la aplicación de la LNA a las aeronaves pilotadas por control remoto utilizadas exclusivamente con fines recreativos o deportivos⁶².

Así, a los efectos de la LNA queda definida como "aeronave" y, entran por tanto dentro de su ámbito de aplicación: i) toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores; y, ii) cualquier máquina no tripulada que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones de la misma contra la superficie de la tierra y opere o esté diseñada para operar de forma autónoma o para ser pilotada a distancia sin un piloto a bordo. Esta nueva redefinición despeja toda duda respecto de las aeronaves no tripuladas o drones, quedando sometidas al régimen de responsabilidad civil contenido en la LNA, incluidas aquellas aeronaves civiles no tripuladas "cualesquiera que sean las finalidades a las que se destinen" (v.gr. ya sean los utilizados con fines recreativos, deportivos, profesionales o comerciales)⁶³.

3. Responsabilidad en caso de accidente.

El Capítulo XIII LNA reglamenta "la responsabilidad en caso de accidente", si bien, de su lectura se extrae que dicha regulación va más bien destinada al transporte aéreo de viajeros, mercancías y equipajes, situación distinta a las operadas por aeronaves no tripuladas. A modo ilustrativo, el art. 115 LNA se refiere a "daño en el transporte de viajeros" "que sufran éstos a bordo de la aeronave"; el art. 116 hace alusión al "transportista", término ligado al concepto de contrato de transporte de viajeros (art. 92) y de cosas (art. 102); o los arts. 117 y 118, que se dedican a las indemnizaciones "en favor del viajero" y "respecto a la carga o equipaje facturado"⁶⁴.

El art. 119 LNA determina el objeto y los sujetos destinatarios de la indemnización: "los daños que se causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje". Este precepto, autónomamente considerado, podría tener cabida para los daños producidos por aeronaves no tripuladas, pero de una interpretación sistemática e integradora con el resto de preceptos, nos lleva a inclinarnos a que los daños causados han de tener relación con el transporte de viajeros o mercancías ex arts. 115 y 116 LNA. Y es que, la finalidad de origen de

62 Recuérdese la redacción impuesta por la reforma del 2014. Vid. apdo. IV I. A).

63 Vid. art. 150.2 LNA.

64 Vid. GUERRERO LEBRÓN, M.J.: *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; RUEDA VALDIVIA, R.: *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2002, entre otros.

la norma se circunscribe a la responsabilidad en caso de accidente en el ámbito del contrato de transporte de viajeros o mercancías, fenómeno que, por el momento, no parece ofrecerse a las operaciones con aeronaves no tripuladas.

A) *Naturaleza.*

El fundamento de la obligación resarcitoria de la LNA es de naturaleza objetiva, procediendo en cualquier supuesto, incluido el accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia (art. 120 LNA), con el objeto de indemnizar “los daños que se causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje” (art. 119 LNA).

Naturalmente, existen razones para imponer una responsabilidad que prescinda del principio culpabilístico cuando de una actividad riesgosa como la aérea se trata, existiendo numerosas y loables razones que justifican este principio objetivo: alto riesgo, seguridad, proporcionalidad, beneficio de la actividad, etc.⁶⁵. Es en la responsabilidad civil aérea donde con mayor nitidez se vislumbra la necesidad de indemnizar por la posición que ocupa la actividad aeronáutica, debiendo por ello establecerse un sistema de reparación basado en la distribución y socialización de los riesgos y de los infortunios⁶⁶. El sector de las aeronaves no tripuladas o drones no es ajeno a esta realidad riesgosa, que pueden afectar a la propia aeronave, al operador o ser exógenos al vuelo⁶⁷.

Por tanto, causado el daño y, acreditado su nexo causal entre la operación de vuelo con aeronaves no tripuladas y el resultado, nacerá la obligación resarcitoria, independientemente de la actuación dolosa o culposa del operador o piloto remoto, limitándose la cuantía indemnizatoria según el peso de la aeronave ex art. 119 LNA⁶⁸, limitación que no opera cuando se acredite que el daño deriva de la

65 Vid. TAPIA, L., y MAPELLI, E.: *Ensayo para un diccionario de Derecho Aeronáutico*, Madrid, 1991.

66 LLAMAS POMBO, E.: *Manual de Derecho civil. Derecho de daños* (vol. VII), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 89

67 VEIGA COPO, A.B.: *Tratado del contrato de seguro. Seguros de personas, marítimos y aéreos*, t. III, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2021, p. 1123 y ss.

68 Para aeronaves de hasta 500 kg -como pueden ser las aeronaves no tripuladas- se establece 220.000 derechos especiales; Para la actualización de la cuantía, vid. Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001). GUERRERO LEBRÓN, M.J.: “Nueva regulación para los drones: la responsabilidad civil y el seguro obligatorio como cuestiones pendientes”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 89, julio 2018, p. 18, no muestra su conformidad a este sistema limitado de responsabilidad, ya que se establecen unas cuantías indemnizatorias a razón del peso de la aeronave, y las consecuencias el impacto no dependen únicamente del peso sino que por el principio de energía cinética se determina que hayan dos parámetros importantes en el momento del impacto como son la masa y la velocidad. Además, añade la citada autora, que el uso de aeronaves no tripuladas incrementa de forma considerable las probabilidades de que se produzcan *mid-air collisions*, de modo que el riesgo de colisión en el aire se incrementa cuando se desciende la altitud del vuelo, resultando también importante diferenciar entre la colisión con un terreno despoblado o hacerlo contra uno poblado.

acción u omisión dolosa o culposa del operador (o transportista) o sus empleados en el ejercicio de sus funciones.

La doctrina y la jurisprudencia también han catalogado este tipo de responsabilidad de carácter contractual, si bien, debe derivar de una relación contractual previa como es el contrato de transporte (arts. 92 y ss.)⁶⁹. Lo cierto es que, ante la existencia de un contrato válido de transporte de viajeros o mercancías que vincule con la víctima, y el daño se manifieste en el marco de dicha relación jurídica⁷⁰, su naturaleza podría entenderse como contractual, pero también puede ocurrir que el daño se produzca fuera de toda relación contractual, como puede ser aquellas lesiones provocadas por la acción u omisión de una aeronave no tripulada a bienes o terceras personas ajenas a todo contrato; en estos supuestos la responsabilidad se catalogaría como extracontractual. En los casos dudosos o limítrofes entre una y otra, y ante la existencia de un posible concurso de normas, la doctrina y la jurisprudencia recurren a la teoría de la unidad de culpa civil, en la que el perjudicado no ha de determinar la acción con la que basa su pretensión, sino que puede limitarse a exponer los hechos, ya que se entiende que tal materia pertenece al campo del *iura novit curia* que corresponde al juzgador, todo ello, sin vicio de incongruencia⁷¹.

B) Sujetos.

Los arts. 120 y 121 LNA hacen responsables al transportista y al operador por los daños ocasionados a viajeros, personas y bienes que se encuentren en la superficie terrestre por la acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje.

Por su parte, algunos autores han amplificado el ámbito subjetivo indicado que la obligación de indemnizar incumbe en primer término (y de forma solidaria) al responsable directo, si lo hubiere, y al arrendatario o explotador, y subsidiariamente al propietario si fuera distinto sujeto sin participación alguna en el transporte, operación o faena en cuya ocasión se produzca el siniestro⁷². A esta conclusión se puede llegar si se atiende al concepto de operador definido *up supra* y, en tal caso, podría englobarse en dicho término a cualquier sujeto, ya sea persona física o jurídica, que explote en cualquier concepto las operaciones de vuelo. El concepto de operador parece más amplio que el de transportista, ya que este

69 ÁLVAREZ LATA, N., y BUSTOS MORENO, B.: "Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 5ª ed., Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2014, pp. 1032-1034; FAYOS GARDÓ, A.: *Derecho de daños: las víctimas y la compensación*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 45.

70 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 85-99.

71 *Ibidem*, pp. 102-105.

72 SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 2ª ed., Montecorvo, 1977, p. 535.

último se circunscribe a lo relacionado con el contrato de transporte de viajeros o de mercancías y que, en principio, no va a manifestarse en las operaciones de vuelo con aeronaves no tripuladas.

a) Responsabilidad del operador.

En el caso de las aeronaves no tripuladas o drones, por el momento, será el operador el responsable de sus propios actos y de los de sus empleados por los daños causados a personas y bienes que se encuentren en la superficie terrestre, en vuelo o en tierra, o por todo aquello que se desprenda o arroje ex art. 121 LNA. Y es que, hay que tener en cuenta que, conforme al Reglamento 2018/1139 el operador es responsable de la operación y es quien ha de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar la seguridad (2.4.1).

La LNA no sólo hace responsable al operador por hechos propios, sino que también configura un sistema de responsabilidad por hecho ajeno (derivado de sus empleados o dependientes), cuestión que ya de por sí se regula en el art. 1903 CC, pero se diferencia por la claridad objetivadora que dota la propia LNA. A este respecto, el art. 121 LNA imputa una responsabilidad objetiva y limitada del operador por sus propios actos y los de sus empleados o dependientes en el ejercicio de sus funciones, si bien, entraría en juego el juicio culpabilístico para una responsabilidad ilimitada del operador, esto es, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión dolosa o culposa grave propia o de sus dependientes.

Además, el quantum indemnizatorio también carecerá de limitación, como ocurre en otros supuestos, cuando el daño es el resultado de una acción u omisión dolosa o culposa grave del propio operador. Por tanto, si no se acredita que el daño provocado es atribuible a la conducta dolosa o culposa grave del operador o sus dependientes, la responsabilidad será limitada a las cuantías establecidas en el art. 119 LNA y en sus normas actualizadoras.

b) Responsabilidad del piloto remoto.

De los daños causados a personas o bienes, por la acción del dron (en vuelo o en tierra) o por cuanto de este se desprendiera o arrojase, podrá responder el piloto. Pero, como se ha advertido, el piloto remoto puede ser operador u ostentar una relación jurídica con el primero, de carácter laboral o de servicios. En caso de actuar como operador o empleado de este en el ejercicio de sus funciones, el régimen de responsabilidad aplicable es el visto anteriormente (responsabilidad objetiva del operador).

Si al piloto (no operador) le une una relación contractual de servicios ex art. 1544 CC con la víctima y el daño se manifiesta dentro de su órbita, el régimen aplicable será el establecido en el art. 1101 CC y, en defecto de dicha relación, el piloto responderá a través del sistema culpabilístico previsto en el art. 1902 CC. En éstos últimos supuestos, habrá de valorarse el canon de diligencia del piloto conforme a los requerimientos establecidos en la normativa aplicable o *lex artis*, especialmente hay que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 8 y 9 del Reglamento de Ejecución: conocimientos apropiados, obtención de información del entorno y de la operación, aseguramiento de las condiciones del dron para operar, no desempeño de sus funciones bajo los efectos del alcohol o sustancias psicoactivas, evitación de riesgos, no superación de la carga, etc.

c) Otros responsables.

El art. 122 LNA -aplicable también a las aeronaves no tripuladas- responsabiliza (directa e ilimitadamente) a cualquier persona que utilice la aeronave sin el consentimiento del transportista o, incluso, su propietario, quienes de forma subsidiaria y limitada podrán responder si no se acredita la imposibilidad de impedir el uso ilícito llevado a cabo por el tercero.

C) Supuestos de responsabilidad.

Conforme al art. 119 LNA, el sistema objetivo de responsabilidad resultará de aplicación cuando la aeronave no tripulada cause daños a las personas o los bienes que se encuentren en la superficie terrestre, en vuelo o en tierra, así como por cuanto de ella se desprenda o arroje, independientemente de la finalidad a la que se dedique la aeronave causante⁷³.

El régimen establecido en los arts. 115 a 118 LNA resultará de aplicación cuando las aeronaves no tripuladas lleven a cabo operaciones de transporte de personas o mercancías, realidad que podría manifestarse a largo plazo y, así parece que puede suceder en breve con el intento de algunas compañías de operar en el transporte de mercancías.

a) Daños a las personas.

Dejando a un lado la responsabilidad por los daños sufridos por los viajeros, las aeronaves no tripuladas pueden ocasionar daños no sólo a las personas que se encuentren en la superficie terrestre, sino también a aquellas que utilizan el espacio aéreo (v.gr. vuelos, actividades deportivas como el ala delta o parapente, globos aerostáticos, entre otros). Los daños pueden acontecer de numerosas de

73 BUSTOS MORENO, Y.: *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 114 y ss.

formas, desde el contacto físico directo con el dron o con objetos o especies que del mismo se desprendan o sean arrojados, hasta daños en los que no se produzca dicho contacto físico (v.gr. ruidos, vibraciones o gases)⁷⁴.

b) Daños a las cosas.

Por la operatividad actual de las aeronaves no tripuladas, también hemos de obviar la responsabilidad en materia de transporte de equipajes (art. 116 y 118 LNA) y de mercancías (art. 115 LNA). Como hemos venido adelantando, los drones pueden causar daños a las cosas que se encuentren en la superficie por su contacto físico o por lo que arroje o se desprenda (v.gr. de sus propios elementos, sustancias perjudiciales para el medio ambiente, etc.), así como aquellos bienes o animales que se encuentren en el espacio aéreo (v.gr. estaciones, sistemas de telecomunicaciones, desorientación de aves, entre otros).

4. Responsabilidad por producto defectuoso.

El Reglamento Delegado (UE) 2019/945 determina que los sistemas de aeronaves no tripuladas tienen la categoría de productos (art. 2) y sobre los cuales se establecen una serie de requisitos (art. 4) y obligaciones de los fabricantes (art. 6), los cuales asumen la responsabilidad de la conformidad del producto y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de aplicación (art. 14.5).

Por su parte, el art. 136 TRLGDCU ofrece un concepto más genérico, entendiéndose “producto” cualquier bien mueble. Una aeronave no tripulada podría considerarse producto defectuoso cuando “no ofrezca la seguridad que cabría esperar según las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación” o “si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie” (art. 137 TRLGDCU).

La noción de defecto va aparejada a la idea de seguridad⁷⁵ o, en términos del Reglamento Delegado (UE) 2019/945, a una ausencia de conformidad (art. 39) o incumplimiento de los requisitos de los productos que la normativa impone. Y es que, como obligación, los fabricantes -para proteger la salud y la seguridad de los consumidores- han de someter a ensayo muestras de los productos

74 DIEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 135; PERRIT, H.H. y SPRAGUE, E.O.: “Law Abiding Drones”, *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 16, núm. 5, 2015, p. 395 [Disponible en: <https://doi.org/10.7916/stlr.v16i2.3996>].

75 PARRA LUCÁN, M^a. Á.: “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en AA.VV.: *Lecciones de responsabilidad civil* (coord. por J.M. BUSTO LAGO y L. FERNANDO REGLERO CAMPOS), 2ªed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2013, p. 463.

comercializados, realizarán investigaciones y, en su caso, mantendrán un registro de las reclamaciones, los productos no conformes y las recuperaciones de productos; se deben de asegurar que los productos se han diseñado y fabricado cumpliendo los requisitos; y, en caso de disconformidad adoptarán de forma inmediata las medidas correctoras oportunas en aras de prevenir eventuales daños (art. 6).

En otro orden de cosas, resulta importante indicar que la causa del daño ha de ser una aeronave no tripulada defectuosa (por diseño, fabricación o información⁷⁶), adquirida por un consumidor (conforme al art. 3 TRLGDCU) para destinarlo al uso o consumo privado, y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado (art. 129.I TRLGDCU)⁷⁷.

En cuanto a los sujetos, la responsabilidad se proyecta sobre el productor⁷⁸, ya sea importador o fabricante (art. 135 TRLGDCU). Para el art. 138.I TRLGDCU "fabricante" es el que produce un producto terminado, un elemento integrado en un producto terminado, y el que produce una materia prima. Por su parte, el Reglamento Delegado (UE) 2019/945, determina que "fabricante" es "toda persona física o jurídica que fabrica un producto o que manda diseñar o fabricar un producto y lo comercializa con su nombre o marca comercial".

Por el contrario, en cuanto a sujetos protegidos, se engloba a cualquier persona ("todo perjudicado" señala el art. 128 TRLGDCU) que haya sufrido daños a consecuencia del producto defectuoso⁷⁹, ya sea adquiriente, usuario o tercero, independientemente de si la víctima es o no adquiriente del producto⁸⁰. Así, por la naturaleza objetiva del sistema de responsabilidad civil por productos defectuosos, el perjudicado deberá probar el daño causado, el defecto de la aeronave no tripulada en el sentido de acreditar que no ofrece "la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación" o la "seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie" (art. 137 TRLGDCU) -cuestiones complejas

76 ROCA TRIAS, E. y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 378.

77 PARRA LUCÁN, M.A.: *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 124-126.

78 Según MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. y CORDERO CUTILLAS, I.: "Algunas consideraciones sobre los drones y su impacto en el Derecho Civil", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 7, enero-junio, 2023, p. 145, cuando el defecto no es propiamente de fabricación sino de diseño, entra en juego el productor, que podrá ampliarse al "ingeniero diseñador" siempre que sea un tercero ajeno a la esfera del primero.

79 ÁLVAREZ OLALLA, P.: *Manual de Derecho de daños*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2023, p. 196.

80 Régimen distinto al que operaba con la anterior LGCU (1984), que se circunscribía a que el perjudicado fuese consumidor y usuario (art. 25), derivándose por ende al art. 1902 CC para el resto de sujetos que no tuviesen tal condición. Vid. PARRA LUCÁN, M. A.: "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", cit., p. 1437; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 272-279.

que pueden solventarse a través de la oportuna pericial- y el correspondiente nexo causal⁸¹.

V. CONCLUSIONES.

I. Obviamente, la irrupción de las aeronaves no tripuladas o drones ha supuesto todo un desafío tecnológico y jurídico, revolucionándose ciertos sectores profesionales. Cada vez más, se ofrecen complejos servicios cualificados en los que se interviene o auxilia mediante estos elementos disruptivos, debiendo afrontar el decimonónico ordenamiento de servicios un nuevo desafío.

II. Las instituciones europeas y nacionales, conscientes de la irrupción de estas aeronaves no tripuladas, observaron del problema que suponía para la seguridad colectiva no controlar su actividad. Por ello, se dictaron diversas normas que tuvieron que ir encajando con los ordenamientos nacionales de cada Estado. Actualmente, la actividad de los drones es regulada básicamente por cinco normas: en el plano europeo, los Reglamentos (UE) 2018/1139, 2019/947 y el 2019/945; en el ámbito nacional, cabe destacar la Ley de Navegación Aérea y el Real Decreto 517/2024, de 4 de junio. En todas, de una u otra forma, subyace como interés teleológico la seguridad.

III. La realidad profesional del sector y este ordenamiento “especial” debe encajar con otro ordenamiento no tan nuevo, el contrato de prestación de servicios (art. 1544 CC). Y es que, los drones se han convertido en herramientas esenciales para muchas prestaciones de servicios, en las que un sujeto (operador/piloto) ofrece una serie de servicios basados en la operatividad de una aeronave no tripulada a cambio de una retribución. Esta forma de operar se integra perfectamente en la general definición ofrecida por el art. 1544 CC. Así, de esta eventual relación obligacional se identificarían al principal o cliente (que contrata los servicios de “drones”) y el prestador, distinguiéndose entre el operador y el piloto. El primero, que puede ser persona física o jurídica, explota la actividad operacional y el segundo es el experto que conduce a través de unos mandos y de forma segura la aeronave no tripulada. El “servicio” a realizar, que puede ser de diversa naturaleza, lleva consigo la utilización de un dron de forma principal o accesorio, distinguiéndose entre la prestación en sí misma y el auxilio mediante drones, pudiendo estar o no dentro de la obligación el recurso a dicho elemento tecnológico y sobre el que se reflejará el incumplimiento y sus remedios.

IV. El Real Decreto 8/2014, de 4 de julio, y la posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre, supuso un cambio de paradigma en la responsabilidad civil en

81 RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L.: *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2010, pp. 20 y ss.

materia de drones. Y es que, antes de la citada reforma, no podía hablarse de una responsabilidad de naturaleza objetiva, recurriéndose al régimen general establecido en el art. 1902 CC. Fue a partir de 2014 cuando, por vez primera, la utilización de determinados drones se integra en el ámbito aplicativo objetivo de la LNA. No obstante, coexistían dos sistemas distintos de responsabilidad: el objetivo y el subjetivo. A partir de una ampliación del concepto de aeronave, en el primero quedan incluidas cualquier máquina pilotada por control remoto que pudiese sustentarse en la atmósfera y, en el segundo, por resultar excluidas de la ley,

aquellas aeronaves civiles pilotadas por control remoto que fuesen utilizadas exclusivamente para fines recreativos o deportivos.

V. Actualmente, a raíz de la reforma operada por el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, han quedado bajo el paraguas de la LNA las aeronaves no tripuladas que se excluían (las que fuesen utilizadas para fines recreativos o deportivos), por lo que quedan al amparo del régimen objetivo de la norma, independientemente de la finalidad a la que se destine el aparato no tripulado.

La reforma de la LNA ha traído consigo una serie de discordancias si se atiende a un estudio sistemático de la norma. Y es que, hay que tener en cuenta la finalidad de origen de la norma, destinada a regular la actividad derivada del contrato de transporte aéreo de viajeros o mercancías. De ahí que, encontremos -en sede de responsabilidad por accidente- preceptos cuyo enfoque se circunscribe a lo relacionado con el transporte aéreo de viajeros, mercancías y equipajes (arts. 115-118 LNA).

No obstante, para los daños causados como consecuencia de una operación con aeronave no tripulada, puede recurrirse al art. 119 y 120 LNA. Estos preceptos declaran la responsabilidad del transportista (más ligado al concepto de contrato de transporte) y del operador por los daños ocasionados a viajeros, personas y bienes que se encuentren en la superficie terrestre por la acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje.

El operador responde objetivamente tanto por sus propios hechos como los derivados de sus empleados o dependientes en el ejercicio de sus funciones, si bien, la responsabilidad es limitada a las cuantías establecidas salvo que se pruebe que el daño es el resultado de una acción u omisión dolosa o culposa grave suya o de sus dependientes, en cuyo caso responderá ilimitadamente. A este respecto, habría que efectuar un juicio de culpabilidad sobre la conducta dolosa o culposa (grave) del operador o de los empleados para sobrepasar la limitación indemnizatoria. Este régimen de responsabilidad también podrá ser aplicable cuando operador (persona física) coincide con el piloto remoto. En caso contrario, el piloto puede

responder por dos vías distintas. Por el art. 1101 CC si le une con la víctima una relación contractual previa y el daño deriva de la órbita del contrato o, en caso de inexistencia de dicha relación, por el art. 1902 CC, debiendo valorarse el canon de diligencia y la *lex artis ad hoc*. La LNA cierra el círculo de responsables con una cláusula abierta: cualquier persona que utilice la aeronave sin el consentimiento del transportista o su propietario.

Por último, también puede existir responsabilidad del productor, ya sea importador o fabricante de aeronaves no tripuladas, en cuanto que éstas son consideradas productos y de las que pueden ser objeto de defecto. Sobre este particular, hay que tener en cuenta que el ordenamiento impone una serie de requisitos a los drones y obligaciones a los fabricantes para salvaguardar la seguridad y salud. En cuanto a los sujetos perjudicados, resulta relevante destacar que se amplifica a cualquier persona que haya sufrido daño como consecuencia del defecto, al disponer el art. 128 TRLGDCU “todo perjudicado”.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N. y BUSTOS MORENO, B.: "Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 5ª ed., Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2014.

ÁLVAREZ OLALLA, P.: *Manual de Derecho de daños*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2023.

BARRIO ANDRÉS, M.: "Drones. Concepto, Clases e Historia. Usos actuales. El derecho de los drones", en AA.VV.: *Derecho de los drones* (dir. por M. BARRIO ANDRÉS), La Ley, Madrid, 2018.

BENJAMIN, M.: *Las guerras de los drones. Matar por control remoto*, Anagrama, Barcelona, 2014.

BRUFAO CUIEL, P.: "El régimen jurídico internacional, europeo y español de las aeronaves no tripuladas o drones y su influencia en el mercado, la gestión y el derecho aeronáutico", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2015.

CAPPONI, M. C.: "Responsabilità oggettiva del prestatore di servizi", *Rivista di Diritto commerciale*, 1989.

CASTELLS I MARQUÉS, M.:

- "Drones civiles", en AA.VV.: *Inteligencia Artificial. Tecnología. Derecho*, (dir. por S. NAVAS NAVARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- "Drones recreativos. Normativa aplicable, responsabilidad civil y protección de datos", *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. I (enero-marzo), 2019.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 1997.

DE MIGUEL MOLINA, B. y DE MIGUEL MOLINA, M.: "El mercado de los drones y sus servicios en Europa", en AA.VV.: *Derecho de los drones* (dir. por M. BARRIO ANDRÉS), La Ley, Madrid, 2018.

DÍEZ-PICAZO, L.:

- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.

ESTEBAN HERREROS, J. L.: *Los drones y su aplicación en la ingeniería civil*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2015.

FAYOS GARDÓ, A.: *Derecho de daños: las víctimas y la compensación*, Dykinson, Madrid, 2016.

FRANCO GARCÍA, M. A.: "El régimen jurídico de las aeronaves civiles pilotadas por control remoto: análisis del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio", *Diario La Ley*, núm. 8370, 2014.

GALLARDO ROMERA, E.: "Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares", en AA.VV., *Derecho de los drones* (dir. por M. BARRIO ANDRÉS), La Ley, Madrid, 2018.

GUERRERO LEBRÓN, M. J.:

- "La aeronave", en AA.VV.: *Derecho aéreo y del espacio*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- "La regulación transitoria de los operadores de aeronaves civiles pilotadas por control remoto", *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014.
- *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- "Nueva regulación para los drones: la responsabilidad civil y el seguro obligatorio como cuestiones pendientes", *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 89, julio 2018.

GUERRERO LEBRÓN, M. J., CUERNO REJADO, C., MÁRQUEZ LOBILLO, P.: "Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado", *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 12, 2013.

HERRERA DE LAS HERAS, R.: "Drones y responsabilidad civil", en AA.VV.: *Derecho de los drones* (dir. por M. BARRIO ANDRÉS), La Ley, Madrid, 2018.

LLAMAS POMBO, E.: *Manual de Derecho civil. Derecho de daños (vol. VII)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: "Responsabilidad Civil de los daños causados por drones y su aseguramiento", *Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2024.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. y CORDERO CUTILLAS, I.: "Algunas consideraciones sobre los drones y su impacto en el Derecho Civil", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 7, enero-junio, 2023.

MONTERROSO CASADO, E.: "Daños causados por aeronaves no tripuladas (drones): responsabilidad civil de los operadores y su aseguramiento", *Anuario jurídico ICAM*, 2020.

MONTERROSO CASADO, E. y DÍAZ DÍAZ, E.: "Responsabilidad civil y protección de datos en el uso de los drones", en AA.VV.: *Inteligencia Artificial y riesgos cibernéticos: responsabilidades y aseguramiento* (coord. por A. MUÑOZ VILLAREAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MORENO MARÍN, M. D.: "La responsabilidad por daños en el uso de drones", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 147, abril, 2021.

NADAL GÓMEZ, I.: "La litigiosidad que se nos viene encima: cuestiones procesales al hilo de la aparición de 'drones' en nuestros cielos", *Actualidad administrativa*, núm. 1, La Ley, 2016.

PARRA LUCÁN, M^a. Á.:

- *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Editorial Reus, Madrid, 2011.
- "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en AA.VV.: *Lecciones de responsabilidad civil* (coord. por J.M. BUSTO LAGO y L. FERNANDO REGLERO CAMPOS), 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2013.
- "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. por L.F. REGLERO CAMPOS), 3ª ed., Thomson Aranzadi, 2006.

PERRIT, H.H. y SPRAGUE, E.O.: "Law Abiding Drones", *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 16, núm. 5, 2015.

ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L.: *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2010.

RUEDA VALDIVIA, R.: *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2002.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Derecho civil español, común y foral. Parte especial. Libro segundo. Derecho de obligaciones*, t. IV, Madrid, 1989.

SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 2ªed., Montecorvo, 1977.

TAPIA, L. y MAPELLI, E.: *Ensayo para un diccionario de Derecho Aeronáutico*, Madrid, 1991.

VEIGA COPO, A. B.: *Tratado del contrato de seguro. Seguros de personas, marítimos y aéreos*, t. III, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2021.

VELASCO PERDIGONES, J. C.: "La regulación en el Código Civil: arrendamiento de servicios", en AA.VV.: *El actual contrato de prestación de servicios* (coord. por C. LÓPEZ SUÁREZ), Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra).

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.



IMPUESTO ESPAÑOL SOBRE ENVASES DE PLÁSTICO NO REUTILIZABLES*

SPANISH TAX ON NON-REUSABLE PLASTIC PACKAGING

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 346-375

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "Fiscalidad de la empresa en un entorno de crisis económica, globalización y digitalización" (TAXEMPRESAXXI).

Enrique
de Miguel
CANUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El impuesto estatal sobre envases de plástico no reutilizables, regulado, liquidado y recaudado por el Estado español, es un impuesto con fin no fiscal, que da lugar a un complejo conjunto de supuestos de no sujeción, supuestos de exención, supuestos de deducción y supuestos de devolución, que giran en torno a la consecución de su fin no fiscal.

PALABRAS CLAVE: Envases de plástico no reutilizables; impuesto con fin no fiscal.

ABSTRACT: *The state tax on non-reusable plastic packaging, regulated, assessed, and collected by the Spanish State, is a tax with an extra-fiscal purpose, giving rise to a complex set of non-taxable conditions, exemptions, deductions, and refunds, all of which revolve around achieving its extra-fiscal purpose.*

KEY WORDS: Non-reusable plastic packaging; tax for extra-fiscal purposes.

SUMARIO.- I. CARACTERIZACIÓN DEL IMPUESTO.- II. TRIBUTO CON FINALIDAD NO FISCAL.- III. PLÁSTICOS REUTILIZABLES.- VI. EXENCIÓN RELATIVA A PRODUCTOS SANITARIOS.- V. CONCEPTO IMPOSITIVO: FABRICACIÓN DE ENVASES NO REUTILIZABLES.- VI. CONCEPTO IMPOSITIVO: ADQUISICIÓN INTRACOMUNITARIA DE ENVASES NO REUTILIZABLES.- VII. CONCEPTO IMPOSITIVO: IMPORTACIÓN DE ENVASES NO REUTILIZABLES.- VIII. INTRODUCCIÓN IRREGULAR.- IX. DEVOLUCIONES A LOS ADQUIRENTES.- X. ENTIDAD ACREDITADORA.- XI. ACTUACIONES DE GESTIÓN O APLICACIÓN.- XII. ANOTACIONES CONCLUSIVAS.

I. CARACTERIZACIÓN DEL IMPUESTO.

La carta de presentación del impuesto español sobre envases de plástico no reutilizables¹ puede confeccionarse señalando las siguientes características: primera, se trata de un impuesto con fin extrafiscal, que busca combatir el empleo de envases de plástico de un solo uso o no reutilizables, segunda, es un impuesto con tres hechos imponibles: la fabricación de envases, la importación de envases y la adquisición intracomunitaria de envases, tercera, es un impuesto indirecto, en cuanto el fabricante debe *repercutir* el impuesto en el adquirente del envase, si bien en las importaciones y adquisiciones intracomunitarias no hay repercusión del impuesto, cuarta, es un impuesto de fase única, en correspondencia con gravar plásticos de un solo uso o no reutilizables, quinta, es un impuesto de devengo instantáneo y no periódico, sexta, es un impuesto propio del Estado, regulado, gestionado y recaudado por el Estado español, y no está cedido a las Comunidades autónomas, séptima, no es un impuesto armonizado dentro de la Unión europea y, octava, su gestión o actuación combina la autoliquidación del contribuyente y la liquidación original por la Administración aduanera.

¹ Puede verse ARMENTIA BASTERRA, J.: "Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables" (I), (II) y (III), *Forum fiscal*, núms. 299, 300 y 301, 2023; CALVO VÉRGEZ, J.: "La aplicación del nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 54, 2023, pp.1-13; CASANA MERINO, F.: "El impuesto sobre Envases de Plástico no Reutilizables: dudas y problemas en su aplicación", *Gaceta fiscal*, núm. 442, 2023, pp.1-24; ESCOBAR LASALA, J. J.: "El nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", *Carta tributaria*, núm. 92, 2022, pp. 1-16 ; FERNÁNDEZ DE BUJAN Y ARRANZ, A.: "Aspectos medioambientales del nuevo impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables", *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023, pp. 199-209; GARCÍA, B., y PALAO BASTAEDS, B.: "La controvertida aplicación práctica del impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (iepnr)", *Revista técnica tributaria*, núm. 141, 2023, pp. 281-291; MENÉNDEZ MORENO, A.: ¡Marchando: otra de ecológicos! A propósito de los tributos que contempla la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular", *Quincena fiscal*, núm. 15-16, 2022, pp.1-11; MERINO JARA, I.: "Novedades en materia de tributación medioambiental", *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2022, pp. 11-19; PATÓN GARCÍA, G.: "Impulso a la estrategia de la economía circular mediante la imposición sobre plásticos", en *Transición energética y ODS* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, M. L. y ORTIZ CALLE, E., dirs.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; PUCHOL TUR, T.: "El futuro impuesto sobre plásticos no reutilizables", *Quincena fiscal*, núm. 4, 2021, pp.71-103.

El impuesto sobre envases de plástico no reutilizables, regulado por la Ley española 7/2022², es un impuesto joven, con no pocos flancos necesitados de profundización, compuesto por un minucioso conjunto de supuestos de no sujeción, supuestos de exención, supuestos de deducción y supuestos de devolución, que giran en torno a su fin no fiscal, enhebrados en sus tres hechos imponibles fabricación, adquisición intracomunitaria e importación de envases.

II. TRIBUTO CON FINALIDAD NO FISCAL.

Respecto a la naturaleza y finalidad del impuesto, en el pórtico de la regulación, el art. 67 de la Ley 7/2022 dice que “I. El impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre la utilización, en el territorio de aplicación del impuesto, de envases no reutilizables que contengan plástico, tanto si se presentan vacíos, como si se presentan conteniendo, protegiendo, manipulando, distribuyendo y presentando mercancías. 2. La finalidad del impuesto es el fomento de la prevención³ de la generación de residuos de envases de plástico no reutilizables, así como el fomento del reciclado de los residuos plásticos, contribuyendo a la circularidad de este material”.

El fin central, inmediato o remoto del impuesto sobre plásticos no reciclables en la *mens legislatoris* es la evitación de la generación de residuos plásticos, por medio de gravar la utilización de los envases de plástico de un solo uso o no reutilizables. Con vistas al fin intermedio u objeto imponible de gravar la utilización de los envases de un solo uso o no reutilizables, a su vez, son configurados como hechos imponibles el trío fabricación, adquisición intracomunitaria e importación de los envases de plástico.

El resultado a evitar y el objeto imponible⁴ del impuesto español sobre envases de plásticos no reutilizables tienen un sustrato espacial: que el envase esté destinado a ser utilizado una sola vez en el territorio español⁵. Aunque adelantamos que no son coincidentes los ámbitos territoriales de los tres hechos imponibles.

El juego de la finalidad del impuesto se manifiesta en un abanico de supuestos de no sujeción, deducción de cuotas y devolución de cuotas que son ajenos a

2 Ley 7/2022, de 8 de abril, sobre economía circular (B.O.E. núm. 85 de 9 de abril), arts. 67 a 83).

3 Prevenir y fomentar son antónimos. La etimología de prevenir refiere a prepararse para evitar un riesgo o una acción, mientras que fomentar es incitar al crecimiento, promover el desarrollo. Se evidencia que, en contra de las apariencias, el legislador no tiene claro el fundamento de la figura.

4 El objeto imponible, sustrato o materia sobre la que recae el impuesto, la *utilización de los envases* (art. 67), no se identifica con el objeto material, los envases no reutilizables (art. 68), ni con el hecho imponible fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de envases (art. 72).

5 “Territorio de aplicación” o ámbito de aplicación, en el lenguaje del impuesto sobre plásticos, refiere al territorio peninsular, Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla. En tal sentido, “territorio distinto al de aplicación del impuesto” refiere tanto Estados de la Unión como Estados terceros. Sin embargo, en el concepto impositivo adquisición intracomunitaria en el impuesto sobre plásticos, se quedan fuera Canarias, Ceuta y Melilla.

razones de capacidad económica y están vinculados al decaimiento sobrevenido de la finalidad negativa del impuesto presente en la *mens legislatoris*.

Consecuencia de la finalidad de evitación es que quedan fuera del ámbito de aplicación del impuesto tanto los productos de plástico cuyo diseño excluye el resultado a combatir -la generación de residuos- como los productos de plástico cuya utilización no genera residuos.

Para combatir los residuos plásticos se grava la utilización del plástico, no frontalmente sino por medio de sujetar la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de envases, introduciendo así una doble instrumentalidad en la construcción legislativa y en la praxis aplicativa del gravamen, que genera una notable complejidad. Se grava la fabricación adquisición o importación como instrumento para gravar la utilización del plástico y se grava la utilización como instrumento para evitar la generación de residuos.

Desde una mirada constitucional, el impuesto sobre envases de plástico no reutilizables es una figura impositiva que no grava la capacidad económica de quien realiza el hecho imponible y es evidente que lo que cuantifica no es la riqueza detentada por nadie.

III. PLÁSTICOS REUTILIZABLES.

«Plástico» es el material compuesto por un polímero tal como se define en el art. 3.5 del Reglamento de la Unión n.º 1907/2006, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), al que pueden haberse añadido aditivos u otras sustancias, y que puede funcionar como principal componente estructural de los productos finales, con la excepción de los polímeros naturales que no han sido modificados químicamente. Se trata de sustancias químicas sintéticas, de estructura macromolecular, fruto de un proceso químico de polimerización, cuyo componente principal son átomos de carbono de doble enlace.

Hemos de distinguir el plástico biodegradable del plástico oxodegradable, porque el primero queda a extramuros del impuesto. «Plástico biodegradable» es el plástico susceptible de sufrir descomposición física o biológica, de modo que, en último término, se descompone en dióxido de carbono o anhídrido carbónico (CO₂), -que es un gas- biomasa y agua, lo que permite su “valorización” mediante compostaje aerobio y mediante digestión anaerobia⁶. «Plástico oxodegradable»

6 La Directiva europea 2019/904 establece la prohibición de introducir en el mercado europeo plástico oxo-degradable. Dos empresas censuran que la Directiva no exceptúe el plástico oxo-bio-degradable, tipo de plástico al que, según ellas, la adición de un aditivo prooxidante, como el contenido en su mezcla maestra d2w, le permitiría biodegradarse mucho más rápidamente que el plástico oxodegradable, por lo que ejercitan la acción de indemnización contra el Parlamento, el Consejo y la Comisión. El Tribunal

refiere a materiales plásticos que incluyen aditivos, los cuales mediante oxidación de lo que resulta un sólido-, provocan la fragmentación del material plástico en micro-fragmentos o su descomposición química.

Por otra parte, la relación entre valorización y reciclaje de residuos es una relación de género a especie. Valorización es “cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales, que de otro modo se habrían utilizado para cumplir una función particular o que el residuo sea preparado para cumplir esa función en la instalación o en la economía en general”, mientras que el reciclaje consiste en “toda operación de valorización mediante la cual los materiales de residuos son transformados de nuevo en productos, materiales o sustancias, tanto si es con la finalidad original como con cualquier otra finalidad. Incluye la transformación del material orgánico”. El reciclaje es una modalidad o clase de valorización de residuos.

¿Qué envases son considerados reutilizables, a los efectos del impuesto? Se considera que los envases son reutilizables cuando han sido concebidos, diseñados y comercializados para realizar múltiples circuitos o rotaciones a lo largo de su ciclo de vida, o para ser rellenados o reutilizados con el mismo fin para el que fueron diseñados.

IV. EXENCIÓN RELATIVA A PRODUCTOS SANITARIOS.

Sobresale la exención relativa a los productos sanitarios, recogida en el art. 75 letras a) y b), de la Ley 7/2022, que se extiende a los tres hechos imponibles y a las tres clases de productos sujetos: productos finales, productos semielaborados y productos portadores de plástico. Los supuestos exentos, relativos a productos sanitarios, son los que siguen:

1.º la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los envases que se destinen a prestar la función de contención, protección, manipulación, distribución y presentación de medicamentos, productos sanitarios, alimentos para usos médicos especiales, preparados para lactantes de uso hospitalario o residuos peligrosos de origen sanitario.

2.º la importación o adquisición intracomunitaria de envases que se introduzcan en el territorio de aplicación del impuesto prestando la función de contención, protección, manipulación, distribución y presentación de medicamentos, productos sanitarios, alimentos para usos médicos especiales, preparados para lactantes de uso hospitalario o residuos peligrosos de origen sanitario.

General, en sentencia de 31 de enero de 2024, caso *Symphony Environmental*, causa T-745/20, desestima el recurso. Se desprende la conclusión de que el plástico oxo-bio-degradable no puede ser asimilado al plástico bio-degradable.

3.º la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los productos plásticos semielaborados que se destinen a obtener envases para medicamentos, productos sanitarios, alimentos para usos médicos especiales, preparados para lactantes de uso hospitalario o residuos peligrosos de origen sanitario.

4.º la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de productos que contengan plástico destinados a permitir el cierre, comercialización o presentación de envases no reutilizables, cuando se utilicen para contener, proteger, manipular, distribuir y presentar medicamentos, productos sanitarios, alimentos para usos médicos especiales, preparados para lactantes de uso hospitalario o residuos peligrosos de origen sanitario.

Actuaciones de gestión: la efectividad de esta exención está condicionada a que se acredite el destino efectivo de los productos a los usos previstos. Los contribuyentes que realicen la primera entrega de los productos a favor de adquirentes que los destinen a tales usos, deberán recabar de estos una *declaración previa* en la que manifiesten que el destino de los productos da derecho a la exención. La exención, obviamente, excluirá la repercusión del impuesto. La declaración deberá ser conservada durante los plazos de prescripción relativos al impuesto del art. 66 de la LGT.

Respecto a las consecuencias del incumplimiento de la finalidad postulada, el disfrute indebido por parte de los adquirentes de los productos objeto del impuesto de las exenciones recogidas en el art. 75.a)⁷ de la Ley 7/2022, por no ser el destino efectivo de los productos el consignado en dicha letra, es conducta constitutiva de infracción tributaria grave, cuya sanción consiste en una multa proporcional del 150 % del beneficio indebidamente disfrutado, con un importe mínimo de 1.000 euros.

V. CONCEPTO IMPOSITIVO: FABRICACIÓN DE ENVASES NO REUTILIZABLES.

La fabricación de envases es la esfera más inmediata de gravamen al impuesto en examen.

HECHO IMPONIBLE: Es hecho imponible del impuesto la fabricación en *territorio español* de envases diseñados y destinados a ser utilizados una sola vez o no reutilizables en territorio español. El territorio español, a los efectos del hecho imponible fabricación, es el territorio español en sentido propio, integrado por la península ibérica, Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla.

⁷ Llama la atención que el enunciado de la norma infractora solo mencione el apartado a) del art. 75, que comprende los supuestos 1, 2 y 3, y omita la mención del apartado b), relativo al supuesto 4, supuesto en el que no se aprecian diferencias relevantes a estos efectos.

Noción de fabricación: A efectos de este impuesto se entiende por «fabricación» la elaboración de productos objeto de este Impuesto, para el mercado nacional. No obstante, no tendrá la consideración de fabricación la elaboración de envases a partir, exclusivamente, de otros productos que no contengan plástico -que vagan fuera del impuesto- o a partir exclusivamente de los productos sujetos al impuesto comprendidos en el art. 68.l.b) y c) de la Ley 7/2022- semielaborados y “portadores”, que ya deben haber sido gravados-.

La noción de fabricación se extiende a la incorporación a los envases de otros elementos de plástico que, no integrándose a priori en el ámbito objetivo del impuesto, tras su incorporación a los envases pasen a formar parte de los mismos.

En consecuencia, como indica CASANA MERINO, quedan excluidos del ámbito material del impuesto los productos que forman parte del proceso de desarrollo del hecho imponible pero no se incorporan definitivamente al envase final, ni están diseñados para ser entregados junto con dicho envase, aunque desempeñen funciones de contención, protección o manipulación de la mercancía⁸.

El fabricante, en la primera entrega del envase fabricado, tiene el deber de repercutir el importe de la cuota devengada al adquirente del envase. Se trata pues de un impuesto de repercusión obligatoria. Si bien, en las adquisiciones intracomunitarias y en las importaciones de envases no habrá repercusión.

Objeto material del impuesto: no todo producto que contenga plástico es objeto material del impuesto, sino que, según el art. 68.l de Ley 7/2022, se incluyen en el ámbito objetivo de este impuesto tres conjuntos de productos:

a) Los productos finales consistentes en envases no reutilizables que contengan plástico. Son considerados envases a los efectos del impuesto todos los artículos diseñados para contener, proteger, manipular, distribuir y presentar mercancías, incluyéndose dentro de estos tanto los definidos en el art. 2.m) de la Ley 7/2022, como cualesquiera otros que, no encontrando encaje en dicha definición, estén destinados a cumplir las mismas *funciones* y que puedan ser objeto de utilización en los mismos términos. Hecha la salvedad de los artículos que formen parte integrante de un producto y sean necesarios para contener, sustentar o preservar dicho producto durante toda su vida útil y todos sus elementos estén destinados a ser usados, consumidos o eliminados conjuntamente⁹.

8 CASANA MERINO, F.: “El Impuesto sobre Envases de Plástico no Reutilizables: dudas y problemas en su aplicación”, cit., p. 6.

9 Un ejemplo lo encontramos en la respuesta a la Consulta de la Dirección General de Tributos (DGT) V0010-23, de 5 de enero de 2023, en que la consultante es una sociedad cuya actividad principal es la fabricación en plástico de productos del sector del *packaging*, que pregunta si las cápsulas para café que fabrica son o no un producto objeto del impuesto. La DGT responde en sentido negativo: a las cápsulas de café que se eliminan con el café usado le es de aplicación la salvedad enunciada en el art. 68 de la Ley: “salvo que dichos artículos formen parte integrante de un producto y sean necesarios para contener, sustentar o

b) Los productos plásticos *semielaborados* destinados a la obtención de los envases no reutilizables que contengan plástico, tales como las preformas o las láminas de termoplástico.

c) Los productos que podemos llamar “portadores” de plástico, que son productos que contengan plástico destinados a permitir el cierre de envases no reutilizables, permitir la comercialización de envases no reutilizables o permitir la presentación de envases no reutilizables.

Debe añadirse que el mencionado art. 2.m) de la Ley 7/2022 remite a la anterior Ley 11/1997, ley que permaneció vigente en lo que no se opusiera a la posterior Ley 22/2011, en calidad de norma reglamentaria, y que ha sido derogada por el Real Decreto 1055/2022¹⁰, de 27 de diciembre, que es la norma, de nivel reglamentario, que ahora enuncia la noción de envase a los efectos del impuesto.

SUPUESTOS DE NO SUJECIÓN: los supuestos de no sujeción del artículo 73 no son casos de ausencia de la capacidad económica objeto de gravamen sino de logro de la evitación pretendida por el legislador o de ausencia de un elemento integrante del hecho imponible. Son los siguientes:

a) La fabricación de los productos objeto del impuesto cuando, con anterioridad al devengo del impuesto, hayan dejado de ser adecuados para su utilización o hayan sido *destruidos*, siempre que la existencia de los hechos excluyentes haya sido probada ante la Agencia tributaria del Estado, por cualquiera de los medios de prueba admisibles en Derecho. No están sujetos porque se consigue la evitación buscada.

b) La fabricación de aquellos productos objeto del impuesto, que se destinen a ser enviados directamente por el fabricante, o por un tercero en su nombre o por su cuenta¹¹, a un territorio *distinto* al territorio de aplicación del impuesto. La efectividad de este supuesto de no sujeción quedará condicionada a que se acredite la realidad de la salida efectiva de los mismos del territorio de aplicación del impuesto. La no sujeción deriva de la ausencia del elemento territorial.

c) Partiendo de que pinturas, tintas y adhesivos aunque sean materiales poliméricos no están comprendidos en la noción legal de plástico, se enuncia la

preservar dicho producto durante toda su vida útil y todos sus elementos estén destinados a ser usados, consumidos o eliminados conjuntamente”. En la respuesta dada subyace la insusceptibilidad para otro uso de la cápsula consumida. La conclusión negativa es, además, reforzada con el criterio recogido en la lista de ejemplos de la Directiva europea 94/62, de 20 de diciembre de 1994, sobre envases y residuos de envases, según la cual no cabe considerar envases a las cápsulas de café que se eliminan con el café usado.

10 Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases (B.O.E. núm. 311, de 28 de diciembre).

11 Quedan comprendidos los supuestos de intermediación en nombre propio por cuenta ajena o representación “indirecta” y los supuestos de intermediación en nombre y por cuenta ajena o representación “directa”.

no sujeción de la fabricación de las pinturas, las tintas, las lacas y los adhesivos, que están concebidos para ser incorporados a los productos objeto del impuesto.

d) La fabricación de productos finales a los que hace referencia el art. 68.l.a) que, pudiendo desempeñar las funciones de contención, protección y manipulación de mercancías, no están *diseñados* para ser entregados conjuntamente con dichas mercancías. No se sujetan porque no se cumple la función del envase¹².

DEVENGO: el hecho imponible fabricación de envases es un hecho imponible de devengo instantáneo y autoliquidación periódica.

En los supuestos de fabricación, el devengo del impuesto se producirá en el momento en que se realice la *primera entrega* o puesta a disposición a favor del adquirente, en el territorio de aplicación, de los productos objeto del impuesto por el fabricante. No obstante, si se realizan pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible, el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos¹³.

En las entregas posteriores a la primera entrega en el territorio español no se produce el devengo del impuesto. Se trata pues de un impuesto de fase única. Frente a los impuestos plurifásicos como es el IVA.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que la diferencia en menos de existencias de productos fabricados se debe a que han sido objeto de entrega o puesta a disposición por parte del fabricante. Lo que fuerza al fabricante a probar el eventual distinto destino.

CONTRIBUYENTE: en los supuestos de fabricación de envases no reutilizables, son contribuyentes del impuesto las personas que realicen la fabricación de los productos objeto del impuesto para el mercado nacional¹⁴. Pueden ser personas físicas. Pueden ser personas jurídicas. Y pueden ser entidades sin personalidad a las que se refiere el apartado 4 del art. 35 L.G.T., como una comunidad de bienes o una unión temporal de empresas.

Caso de que el titular de la fábrica de envases de plástico sea una persona y el titular de la explotación de la fábrica sea otra persona distinta, será considerado

¹² Algún autor exige cumulativamente que efectivamente no se entreguen ambos, continente y contenido, a la vez. Se trata de una restricción injustificada en la hermenéutica del supuesto de no sujeción.

¹³ En caso de pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible si finalmente el envase no es entregado se produce la pérdida sobrevenida del objeto imponible, la utilización de envases, de la mano de la frustración de la finalidad del impuesto. La utilización en el territorio de aplicación no es un elemento del hecho imponible, sino el objeto imponible o materia gravada.

¹⁴ Art. 76 de la Ley 7/2022.

contribuyente el titular de la explotación económica, por ser quien elaborará el producto potencial generador de residuos.

CUOTA ÍNTEGRA: como indica CALVO VÉRGEZ¹⁵, aquellos envases que, hallándose compuestos de más de un material, contengan plástico, se gravaran por la cantidad de plástico que contengan. De ahí la previsión de una base no monetaria y un tipo de gravamen en sentido estricto.

Según el art. 77. I de la Ley 7/2022, la base imponible será la cantidad de plástico no reciclado, *expresada en kilogramos*, contenida en los productos objeto del impuesto.

En el supuesto de que a los productos por los que previamente se hubiera devengado el impuesto, se incorporen otros elementos de plástico, de forma tal que tras su incorporación formen parte del producto al que van incorporados, la base imponible será exclusivamente la cantidad de *plástico no reciclado*, expresada en kilogramos, incorporada a dichos productos. Esta norma presupone el hecho imponible incorporación al envase de nuevos elementos de plástico. Los nuevos elementos, incorporados después, no pueden realizar el hecho imponible pretérito. Y no puede haber base imponible sin hecho imponible, porque entonces la base se derrumba.

El tipo impositivo será de 0,45 euros por kilogramo. La cuota íntegra es la cantidad resultante de aplicar el tipo impositivo a la base imponible.

Juicio crítico: la base imponible no debería ser el "plástico no reciclado" sino, en rigor, el plástico no susceptible de valorización. La finalidad impositiva a evitar -sea en el diseño, sea en la utilización- no puede quedar al margen de la base imponible. La noción de valorización de residuos, como hemos visto, es más amplia que la noción de reciclaje de residuos. Determinados plásticos son susceptibles de valorización como ocurre con el plástico biodegradable.

REPERCUSIÓN: el hecho imponible fabricación de envases va unido a la repercusión obligatoria de la cuota (art. 82.9) en el adquirente del envase.

Con ocasión de las ventas o entregas de los productos objeto del impuesto en el ámbito territorial de aplicación del mismo, se deberán cumplir las siguientes obligaciones:

15 CALVO VERGEZ, J.: "La aplicación del nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 54, 2023, p. 9.

En la *primera venta o entrega* realizada tras la fabricación de los productos en el ámbito territorial del impuesto, los fabricantes deberán repercutir¹⁶ al adquirente el importe de las cuotas del impuesto que se devenguen al realizar dicha venta o entrega. Documentando la repercusión en factura. En la factura que expidan deberán consignar separadamente: 1.º El importe de las cuotas devengadas. 2.º La cantidad de plástico no reciclado contenido en los productos, expresada en kilogramos. 3.º Si resulta de aplicación algún supuesto de exención, especificar la norma en virtud de la cual la venta o entrega resulta exenta.

Por otra parte, en cuanto al movimiento de los envases, en las posteriores entregas, previa solicitud del adquirente, quienes realicen las ventas o entregas de los productos objeto del impuesto, con ocasión de dichas ventas o entregas -no deben repercutir pero sí- deberán consignar en un certificado, o en las facturas que expidan: 1.º El importe del impuesto satisfecho por dichos productos o, si le resultó de aplicación algún supuesto de exención, especificar el artículo en que se fundamenta el beneficio fiscal. 2.º La cantidad de plástico no reciclado contenido en los productos, expresada en kilogramos. No hay deber de consignar cuando se expidan facturas simplificadas a que se refiere el art. 7.1 del Reglamento sobre facturación, Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.

Dado que a los efectos del impuesto se entiende por comercialización “todo suministro de un producto para su distribución, consumo o utilización en el mercado nacional en el transcurso de una actividad comercial, ya sea previo pago o a título gratuito”, se deduce que las primeras entregas realizadas a título gratuito o lucrativo también originan el deber de repercutir el impuesto¹⁷.

El cambio posterior de destino del envase en manos del adquirente, orientado a la finalidad de evitar, como veremos, podrá originar derecho a devolución a favor del adquirente que ha soportado la repercusión.

La conducta consistente en la incorrecta consignación en la factura o en el certificado de la cuota impositiva, el plástico no reciclado o la norma de exención- los datos a los que se refiere el art. 82.9- es constitutiva de infracción tributaria grave, cuya sanción consiste en una multa fija de 75 euros por cada factura o

16 No hay duda de que en las importaciones y adquisiciones intracomunitarias está ausente el deber de repercutir el impuesto en el adquirente. La hipótesis dialéctica de importar o adquirir intracomunitariamente envases recién fabricados, como objeto de repercusión, naufraga ante la condición de haber sido fabricado el envase en el ámbito territorial del impuesto, esto es, en territorio español, que compone el presupuesto legal de la repercusión. En el mismo sentido ESCOBAR LASALA, J. J.: “El nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables”, *Carta tributaria*, núm. 92, 2022, p. 16.

17 En esta línea, para CASANA MERINO, resulta indiferente que la entrega sea a título oneroso o a título gratuito pues la finalidad del impuesto es gravar la utilización de los envases que contengan plástico, no la comercialización de los envases (“El Impuesto sobre Envases de Plástico no Reutilizables: dudas y problemas en su aplicación”, cit., p. 6).

certificado emitido con la consignación incorrecta de los datos a que se refiere el art. 82.9 de la Ley 7/2022.

El deber de repercutir el impuesto no es un aspecto relativo a su gestión o aplicación-donde erróneamente lo ha ubicado el legislador-, sino que refiere a la estructura del impuesto como impuesto indirecto, en cuanto define quién soporta definitivamente la carga tributaria.

DEDUCCIONES: la devolución material al fabricante del envase inicialmente entregado puede originar el derecho a deducir en la posterior autoliquidación del fabricante contribuyente.

En las condiciones que reglamentariamente se establezcan, según el art. 80.2, el contribuyente fabricante de los productos gravados y que sean objeto de devolución para su *destrucción* o para su *reincorporación* al proceso de fabricación, entonces, en la autoliquidación del periodo en que se produzcan dichas circunstancias, podrá minorar, de las cuotas devengadas en dicho periodo, el importe del impuesto pagado respecto de los productos que tras la primera entrega o puesta a disposición del adquirente hayan sido objeto de devolución, previo reintegro del importe al adquirente.

Como indica ESCOBAR LASALA se trata de un supuesto en el que la destrucción o reincorporación se produce con posterioridad al devengo y por ello el mecanismo para evitar que el impuesto recaiga sobre tales envases no puede ser la no sujeción, sino que es la deducción de la cuota ¹⁸, en la autoliquidación del periodo en curso.

La aplicación de la deducción está condicionada a que la existencia de los hechos pueda ser probada ante la Agencia tributaria por cualquiera de los medios de prueba admisibles en Derecho, así como a la acreditación del pago del impuesto mediante el correspondiente documento justificativo del mismo.

Dinámica: cuando la cuantía de las deducciones supere el importe de las cuotas devengadas en un periodo de liquidación, el exceso podrá ser compensado en las autoliquidaciones posteriores, siempre que no hayan transcurrido *cuatro años* contados a partir de la finalización del periodo de liquidación en el que se produjo dicho exceso. Los contribuyentes cuyas cuantías de deducción superen el importe de las cuotas devengadas en el *último período* de liquidación del año natural tendrán derecho a solicitar la devolución del saldo existente a su favor en la autoliquidación correspondiente a dicho período de liquidación.

18 ESCOBAR LASALA, J.J.: "El nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", *Carta tributaria*, 2022, núm. 92, 2022, p.11.

Este supuesto de deducción de cuotas del impuesto sobre envases no está asociado a razones de neutralidad fiscal, sino a la *enervación de la finalidad* del impuesto, al cambio de estatuto del producto gravado desde el punto de vista de la finalidad de evitación por parte del impuesto.

VI. CONCEPTO IMPOSITIVO: ADQUISICIÓN INTRACOMUNITARIA DE ENVASES NO REUTILIZABLES.

¿Qué hay del tráfico internacional de envases no reutilizables, desde el punto de vista del impuesto? Hemos de distinguir las adquisiciones intracomunitarias de las importaciones de envases.

HECHO IMPONIBLE: el segundo hecho imponible del impuesto consiste en la adquisición intracomunitaria de productos objeto del impuesto, en el mercado nacional.

A efectos de este impuesto se entenderá por «adquisición intracomunitaria»: la obtención del poder de disposición sobre los productos objeto del impuesto expedidos o transportados al territorio de aplicación del impuesto, excepto Canarias, Ceuta y Melilla, con destino al adquirente, desde otro Estado de la Unión europea, por el transmitente, el propio adquirente o un tercero en nombre y por cuenta de cualquiera de los anteriores¹⁹.

La exclusión de Canarias, Ceuta y Melilla del ámbito territorial de aplicación de este concepto impositivo trae consigo un cierto paralelismo entre la noción de adquisición intracomunitaria a efectos del IVA y la noción de adquisición intracomunitaria a efectos del impuesto sobre los plásticos no reciclables.

Se destaca que el expedidor o transportador puede ser el transmitente, puede ser el adquirente y puede ser un tercero en nombre y por cuenta ajena. Lo que excluye la intermediación de un tercero en nombre propio y por cuenta ajena o “representación indirecta”.

Se considerarán, asimismo, operaciones *asimiladas* a las adquisiciones intracomunitarias la recepción de envases objeto del impuesto por su propietario en el territorio de aplicación del impuesto, excepto Canarias, Ceuta y Melilla, cuyo envío haya realizado él mismo desde otro Estado miembro²⁰. Supuesto

19 Los elementos estructurales son tres: 1º envío o transporte del producto 2º que el Estado de origen sea un Estado de la Unión 3º adquirente en el Estado español que obtenga el poder de disposición.

20 Un ejemplo de adquisición intracomunitaria *asimilada* lo encontramos en el caso objeto de la Consulta a la Dirección General de Tributos VI041-23 de 26 de abril de 2023, que, sin embargo, el Órgano directivo califica de adquisición intracomunitaria sin adjetivos. La consultante compra los productos objeto del impuesto a un establecimiento permanente ubicado en el territorio español, cuya matriz está en Francia, y los bienes son enviados directamente desde Francia y/o Alemania. Después el establecimiento permanente

cuya facticidad guarda también cierto paralelismo con las transferencias intracomunitarias²¹ en sede de IVA.

El ámbito territorial de las adquisiciones intracomunitarias es asimétrico con el ámbito territorial relativo a las importaciones de plásticos. Si bien, como veremos, ambas piezas encajan entre sí en el rompecabezas impositivo.

SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN: se clarifica que no estarán sujetas al impuesto, según el art. 73, las siguientes operaciones:

Letra c): la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de las pinturas, las tintas, las lacas y los adhesivos, que son polímeros no plásticos, aun cuando concebidos para ser incorporados a los productos objeto del impuesto.

Letra d): la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los productos “finales” a que hace referencia el art. 68.I.a) que, pudiendo desempeñar las funciones de contención, protección y manipulación de mercancías, no están diseñados para ser entregados conjuntamente con dichas mercancías. La razón está en la desconexión continente-contenido.

EXENCIONES: Estarán exentas, según el art. 75, en las condiciones que, en su caso, reglamentariamente se establezcan:

Letra d): la adquisición intracomunitaria de los productos objeto del impuesto que, *con anterioridad* a la finalización del plazo de presentación de la autoliquidación correspondiente a dicho hecho imponible, se destinen a ser enviados directamente por el adquirente intracomunitario, o por un tercero en su nombre o por su cuenta, a un territorio distinto²² al de aplicación del impuesto, como lo es Francia. La efectividad de esta exención quedará condicionada a que se acredite la realidad de la salida efectiva de los productos del territorio de aplicación del impuesto.

Letra e): la adquisición intracomunitaria de los productos objeto del impuesto y que, *con anterioridad* a la finalización del plazo de presentación de la autoliquidación correspondiente al hecho imponible, hayan dejado de ser adecuados para su utilización o hayan sido *destruidos*, si tales hechos han sido probados ante la Agencia tributaria del Estado, por cualquiera de los medios de prueba admisibles en Derecho.

emite la factura a la compradora consultante. Como vemos, los envases son recibidos por su propietario, cuyo envío realiza él mismo desde otro Estado de la Unión.

21 Puede verse DE MIGUEL CANUTO, E.: “Transferencias intracomunitarias originarias y sobrevenidas en el Impuesto sobre el Valor Añadido”, *Quincena fiscal*, núm.19, 2021, pp. 81-106.

22 Caso de recepción en territorio peninsular o Baleares y posterior envío a Canarias, Ceuta o Melilla, se devenga el impuesto en la adquisición y el envío a Canarias Ceuta o Melilla no supone una importación.

Si el hecho o circunstancia sobrevenida sucede una vez expirado el plazo de presentación de la autoliquidación original, entonces la enervación del gravamen habrá de seguir la vía no de la exención, sino de la deducción en la autoliquidación del periodo en curso en que tenga lugar tal circunstancia.

Letra f): umbral cuantitativo: la adquisición intracomunitaria o la importación de los envases a los que se refiere el art. 68.I.a), tanto si se introducen vacíos, como si se introducen prestando la función de contención, protección, manipulación, distribución y presentación de otros bienes o productos, siempre que el *peso total del plástico no reciclado* contenido en dichos envases objeto de la importación o adquisición intracomunitaria no exceda de 5 kilogramos en un mes.

DEVENGO: el hecho imponible adquisiciones intracomunitarias de envases es un hecho imponible autónomo de devengo instantáneo y autoliquidación periódica.

En los supuestos de adquisiciones intracomunitarias, el devengo del impuesto se producirá el día 15 del mes siguiente a aquel en el que se inicie la expedición o el transporte de los productos objeto del impuesto con destino al adquirente, salvo que con anterioridad a dicha fecha se expida la factura por las operaciones, en cuyo caso el devengo del impuesto tendrá lugar en la fecha de expedición de la misma

CONTRIBUYENTES: en los supuestos de adquisición intracomunitaria de envases no reutilizables, son contribuyentes del impuesto las personas que realicen la adquisición intracomunitaria de los productos objeto del impuesto²³. Pueden ser personas físicas. Pueden ser personas jurídicas. Y pueden ser entidades sin personalidad a las que se refiere el apartado 4 del art. 35 de la L.G.T.

El adquirente intracomunitario puede ser una persona no establecida en el territorio peninsular ni en Baleares²⁴. En tal caso el no establecido debe nombrar un representante ante la Administración tributaria para el cumplimiento de sus obligaciones impositivas. Puede ser una persona jurídica o una persona física.

DEDUCCIONES: en la autoliquidación correspondiente a cada periodo de liquidación en que se produzcan las circunstancias siguientes, el contribuyente que realice adquisiciones intracomunitarias de los productos objeto del impuesto, con base en el art. 80.I de la Ley 7/2022, podrá minorar de las cuotas devengadas del impuesto en dicho periodo, el importe del impuesto pagado respecto de:

²³ Art. 76 de la Ley 7/2022.

²⁴ En el mismo sentido CALVO VERGEZ, J.: "La aplicación del nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", cit., p. 10, nota 25.

a) Los productos enviados por el contribuyente, o por un tercero en su nombre o por su cuenta, *fuera* del territorio de aplicación, después de la presentación y pago de la autoliquidación de la adquisición intracomunitaria; b) los productos que, con anterioridad a su primera entrega o puesta a disposición del adquirente en el territorio de aplicación, pero después de la presentación y pago de la autoliquidación de la adquisición intracomunitaria, hayan dejado de ser adecuados para su utilización o hayan sido *destruidos*; c) los productos que, tras su entrega o puesta a disposición del adquirente, hayan sido objeto de *devolución para su destrucción o reincorporación* al proceso de fabricación, previo reintegro del importe de los mismos al adquirente.

La aplicación de las deducciones queda condicionada a que la existencia de los hechos sobrevenidos enunciados pueda ser probada ante la Agencia tributaria del Estado por cualquiera de los medios de prueba admisibles en Derecho, así como a la acreditación del pago del impuesto mediante el correspondiente documento justificativo.

Dinámica: cuando la cuantía de las deducciones supere el importe de las cuotas devengadas en un periodo de liquidación, el exceso podrá ser compensado en las autoliquidaciones posteriores, si no han transcurrido *cuatro años* a partir de la finalización del periodo en el que se produjo dicho exceso. Los contribuyentes cuyas cuantías de deducción superen el importe de las cuotas devengadas en el último período de liquidación del año natural tendrán derecho a solicitar la devolución o reembolso del saldo a su favor en la autoliquidación de dicho período de liquidación.

Como reflexión panorámica, aunque fenomenológicamente las adquisiciones intracomunitarias en el impuesto sobre los plásticos y las adquisiciones intracomunitarias en el IVA guardan una notable similitud su significado impositivo es distinto. En el IVA si el sujeto pasivo tiene derecho a íntegra deducción de las cuotas soportadas entonces la adquisición intracomunitaria da lugar a la contabilización de una cuota por un importe que es sumado en sede de IVA devengado y es restado en sede de IVA deducible, por lo que no origina “efecto financiero” o desembolso alguno. A diferencia de lo que sucede en el impuesto sobre envases. Donde la adquisición intracomunitaria tiene un fin no fiscal, en el contexto de la doble instrumentalidad de la figura y origina un desembolso del contribuyente. En segundo lugar, estructuralmente esta adquisición intracomunitaria, a los efectos del impuesto sobre envases, no es correlativa a ninguna entrega intracomunitaria en el Estado de origen. En tercer lugar, la normativa reguladora del impuesto sobre plásticos no excluye que el adquirente intracomunitario pueda ser una persona que actúa como particular.

VII. CONCEPTO IMPOSITIVO: IMPORTACIÓN DE ENVASES NO REUTILIZABLES.

Al lado de las adquisiciones intracomunitarias encontramos también las importaciones de envases.

HECHO IMPONIBLE: el tercer hecho imponible del impuesto consiste en la importación al territorio de aplicación de envases no reutilizables.

Desde el punto de vista espacial la noción de importación “encaja” con el diseño territorial de las adquisiciones intracomunitarias. En Canarias, Ceuta y Melilla, las adquisiciones provenientes de Estados de la Unión no se conceptúan adquisiciones intracomunitarias, sino que, y por esa razón, residualmente, son conceptuadas como importaciones.

Los supuestos impositivos que tienen la consideración de importación a los efectos del impuesto son los siguientes:

1.º La entrada en el territorio peninsular español Baleares o Canarias de los productos objeto del impuesto procedentes de territorios no comprendidos en el territorio aduanero de la Unión, como lo es Marruecos, cuando dé lugar al despacho a libre práctica de los mismos de conformidad con el art. 201 del Reglamento n.º 952/2013, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código aduanero de la Unión.

2.º La entrada en Canarias de los productos objeto del impuesto procedentes de territorios comprendidos en el territorio aduanero de la Unión que no formen parte del “territorio de aplicación” del impuesto, como lo es Francia, cuando dicha entrada hubiese dado lugar a un despacho a libre práctica si los productos objeto del impuesto procedieran de Estados terceros.

3.º La entrada en Ceuta y Melilla de los productos objeto del impuesto procedentes de territorios que no formen parte del territorio español, tanto un Estado de la Unión como un Estado tercero, cuando dicha entrada hubiese dado lugar a un despacho a libre práctica si en dichas ciudades resultara de aplicación el Reglamento n.º 952/2013, de 9 de octubre de 2013.

La analogía con el despacho a libre práctica de los plásticos importados fuerza a efectuar la analogía con los regímenes aduaneros especiales, regulados en el Código Aduanero de la Unión de 2013, como supuestos de exclusión del hecho imponible importación de plásticos no reciclables²⁵.

25 CASANA MERINO pone en cuestión la conclusión de la ausencia de sujeción para el régimen de importación temporal y el régimen de “destino final”, por entender que tales regímenes permiten la utilización de

SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN: no estarán sujetas al impuesto, según el art. 73, las operaciones siguientes:

Letra c): la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de las pinturas, las tintas, las lacas y los adhesivos, concebidos para ser incorporados a los productos que forman parte del ámbito objetivo del impuesto.

Letra d): la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de productos en el mercado nacional a los que hace referencia el art. 68.I.a) que, pudiendo desempeñar las funciones de contención, protección y manipulación de mercancías, no están diseñados para ser entregados conjuntamente con dichas mercancías.

DEVENGO: se trata de un hecho imponible de devengo instantáneo, si bien la cuota de la importación no será autoliquidada, sino que debe ser liquidada por la Administración aduanera.

En los supuestos de importación, el devengo del impuesto se producirá en el momento en que hubiera tenido lugar el devengo de los derechos de importación, de acuerdo con la legislación aduanera, independientemente de que dichas importaciones estén o no gravadas por derechos de importación. El devengo se producirá así en el momento de la declaración de despacho a libre práctica de los envases. Delimitando negativamente no se produce el devengo por la admisión de la declaración solicitando un régimen aduanero especial. A esta conclusión conduce la interpretación sistemática de la regla del devengo y la norma sobre el hecho imponible.

CONTRIBUYENTES: en los supuestos de importaciones de envases no reutilizables, son contribuyentes del impuesto las personas que realicen la importación de los productos objeto del impuesto para el mercado nacional²⁶. Pueden ser personas físicas. Pueden ser personas jurídicas. Y pueden ser entidades sin personalidad llamadas como realizadoras del hecho imponible a las que se refiere el apartado 4 del art. 35 de la L.G.T.

Desde el punto de vista del lugar de establecimiento, el importador puede ser una persona establecida en el territorio peninsular o Baleares si bien puede ser también una persona establecida en un Estado tercero o en un territorio tercero (Canarias, Ceuta, Melilla).

envases en territorio nacional, objetivo que el impuesto pretende combatir ("El Impuesto sobre Envases de Plástico no Reutilizables: dudas y problemas en su aplicación", *Gaceta fiscal*, 2023, núm.442, p. 19).

26 Art. 76 de la Ley 7/2022.

Los contribuyentes no establecidos en territorio español deben nombrar una persona física o jurídica para que les represente ante la Administración en relación con sus obligaciones por el impuesto. El nombramiento debe efectuarse con anterioridad a la realización de la primera operación que suponga el primer hecho imponible de este impuesto. El representante debe inscribirse en el Registro territorial del impuesto, antes de la realización del primer hecho imponible del impuesto.

En el escenario ordinario de una importación, una persona establecida en un Estado tercero envía un bien a una distinta persona establecida en territorio español. Aunque no está excluido que un empresario establecido en un Estado tercero envíe un envase al territorio español, en el que actúa como no establecido, para las necesidades de su propia actividad empresarial.

Cuando el titular del envase importado o quien tiene el poder de disposición sobre el envase no revista la condición de importador o “declarante” de la importación, entonces claro está que contribuyente será el importador.

Se suscita la pregunta de si pueden resultar obligadas al pago del impuesto las plataformas de comercio electrónico que asuman, como “productores de producto”, las obligaciones financieras y de información, así como organizativas, en el supuesto de que algún importador, que esté establecido en otro Estado de la Unión o Estado tercero, actúe a través de éstas y no cumpla las obligaciones derivadas de los regímenes de responsabilidad “ampliada” del productor. La respuesta a priori es negativa, porque, estando ese trance cubierto por la reserva constitucional de ley tributaria (art. 31 de la Constitución), la norma no prevé ningún supuesto de sustitución ni de responsabilidad respecto a la obligación tributaria del importador contribuyente. La responsabilidad mercantil no arrastra automáticamente la responsabilidad fiscal.

DEVOLUCIONES: tendrán derecho a solicitar la devolución del importe del impuesto pagado, con base en el art. 81.1 de la Ley 7/2022, en las condiciones que, en su caso, reglamentariamente se establezcan:

a) Los importadores de los productos objeto del impuesto, hayan sido enviados por ellos, o por un tercero en su nombre o por su cuenta²⁷, fuera del territorio de aplicación; b) los importadores de los productos objeto del impuesto y que, con anterioridad a su primera entrega o puesta a disposición del adquirente en el territorio de aplicación, hayan dejado de ser adecuados para su utilización o hayan sido destruidos; c) los importadores de los productos objeto del impuesto

27 Quedan comprendidos los supuestos de intermediación en nombre propio por cuenta ajena o representación “indirecta” y los supuestos de intermediación en nombre y por cuenta ajena o representación “directa”.

y que, tras su entrega o puesta a disposición del adquirente, hayan sido objeto de *devolución para su destrucción o para su reincorporación* al proceso de fabricación, previo reintegro del importe de los mismos al adquirente.

Como explica ESCOBAR LASALA, dado que en relación el hecho imponible importación es gestionado mediante liquidación practicada por la Administración y no mediante autoliquidación del contribuyente, el único medio para evitar que el impuesto recaiga definitivamente respecto de los envases importados después exportados o destruidos o devenidos inadecuados o restituidos es la devolución del impuesto previamente pagado²⁸.

Singulariza estas devoluciones que refieren a cuotas inicialmente debidas que han sido liquidadas por la Administración. No tratándose de devoluciones de ingresos indebidos, porque el impuesto en origen era debido, habremos de calificarlas de “reembolsos” o devoluciones de la normativa propia del tributo.

Como reflexión panorámica, la noción de “importación” en el impuesto sobre envases de plástico no puede ser identificada con la noción de importación en el Derecho de aduanas²⁹, materia de competencia exclusiva de la Unión europea, cuyas coordenadas espaciales abarcan el conjunto de Estados de la Unión. Desde el punto de vista pedagógico mejor solución sería llamarla “adquisición extracomunitaria”, para marcar la diferencia.

VIII. INTRODUCCIÓN IRREGULAR.

Como *norma de cierre* se prevé el hecho imponible “introducción irregular” para casos de tenencia de envases de los que el tenedor no pueda dar legal explicación de su origen.

Hecho imponible: también está sujeta al impuesto la introducción irregular en el territorio de aplicación del impuesto³⁰ (Península, Baleares, Canarias, Ceuta, Melilla) de los productos que forman parte del ámbito objetivo del impuesto (art. 72.2).

Se entenderá que se ha producido una introducción irregular de dichos productos en el territorio de aplicación en el supuesto de que quien los posea, comercialice, transporte o utilice, no acredite haber realizado su fabricación,

28 ESCOBAR LASALA, J.: “El nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables”, cit., p. 12.

29 Puede verse IBÁÑEZ MARSILLA, S.: *GPS Aduanas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

30 Algún autor limita, injustificadamente, el ámbito espacial del hecho imponible introducción irregular a la Península ibérica e islas Baleares. Sin embargo, el ámbito de aplicación del tributo es el “territorio español” (art. 69) y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. La identificación apriorística entre el ámbito territorial del hecho imponible introducción irregular y el ámbito territorial del hecho imponible adquisición intracomunitaria no tiene base ninguna en la norma.

importación o adquisición intracomunitaria, o cuando no justifique que los envases han sido objeto de adquisición en el territorio español.

DEVENGO: En los supuestos a los que se refiere el art. 72.2, el devengo del impuesto se producirá en el momento de la introducción irregular en el territorio de aplicación de los envases y, de no conocerse dicho momento, se considerará que la introducción irregular se ha realizado en el periodo de liquidación más antiguo de entre los no prescritos, excepto que el contribuyente pruebe que corresponde a otro³¹.

La primera consecuencia que se deriva de esta regla temporal es la generación de intereses de demora desde la finalización del plazo de presentación del periodo de liquidación más antiguo hasta el día en que se practique la liquidación por la Administración.

CONTRIBUYENTES: En los casos de introducción irregular en el territorio de aplicación del impuesto de los envases de plástico, será contribuyente quien posea, comercialice, transporte o utilice dichos envases³².

La enunciación del hecho imponible introducción irregular tiene como consecuencia *a priori* la exclusión de sanciones, porque la realización del hecho imponible lo que origina es el nacimiento de la obligación tributaria y no la imposición de sanciones.

Sin embargo, escenario distinto son los supuestos de irregularidades en relación con la justificación del uso o destino dado a los envases que se han beneficiado de una exención en razón de su destino, en que estarán obligados al pago del impuesto y de las sanciones que pudieran imponerse los contribuyentes-infractores, en tanto no justifiquen la recepción de los envases por el adquirente facultado para recibirlos mediante la aportación de la declaración previa; a partir de tal recepción, la obligación recaerá sobre los adquirentes.

Porque en estos casos puede entrar en juego la infracción del art. 83.2.d) consistente en el disfrute indebido por parte de los adquirentes de los productos objeto del impuesto de las exenciones recogidas en el art. 75.a) de la Ley 7/2022, por no ser el destino efectivo de los productos el consignado en dicha letra a), cuya sanción consiste en una multa proporcional del 150 % del beneficio indebidamente disfrutado, con un importe mínimo de 1.000 euros.

31 Art. 74.4 de la Ley 7/2022.

32 Art. 76.2 de la Ley 7/2022.

IX. DEVOLUCIONES A LOS ADQUIRENTES.

El art. 81.I de la Ley 7/2022 prevé supuestos de devolución por *consecución sobrevenida de la finalidad* de evitación que el impuesto se propone. Singulariza este conjunto de supuestos que el solicitante de la devolución es adquirente del producto a quien no se exige haber revestido la condición de contribuyente en su adquisición, e incluso, en dos supuestos es excluida tal condición.

Según el art. 81. I de la Ley tienen derecho a solicitar la devolución del importe del impuesto pagado en las condiciones que reglamentariamente se establezcan:

Supuesto 1: los adquirentes de los productos objeto del impuesto que, no ostentando la condición de contribuyentes³³, acrediten el envío de los mismos fuera del territorio de aplicación del impuesto³⁴.

Supuesto 2: los adquirentes de los productos objeto del impuesto que, no ostentando la condición de contribuyentes, acrediten el destino de los productos a envases de medicamentos, productos sanitarios, alimentos para usos médicos especiales, preparados para lactantes de uso hospitalario o residuos peligrosos de origen sanitario, o bien el de la obtención de envases para tales usos o bien el de permitir el cierre, la comercialización o la presentación de los envases para medicamentos, productos sanitarios, alimentos para usos médicos especiales, preparados para lactantes de uso hospitalario o residuos peligrosos de origen sanitario.

Supuesto 3: los adquirentes de los productos objeto del impuesto, que habiendo resultado sujetos al mismo por haber sido concebidos, diseñados y comercializados para ser no reutilizables, acrediten después que están en el caso de que, tras la realización de alguna modificación en los mismos, puedan ser reutilizados.

Supuesto 4: los adquirentes de los productos plásticos semielaborados cuando no se vayan a destinar a obtener los envases objeto del impuesto.

Supuesto 5: los adquirentes de los productos que contengan plástico destinados a permitir el cierre, la comercialización o la presentación de envases no reutilizables cuando los productos no se vayan a utilizar en dichos usos.

33 Como indica ESCOBAR LASALA si se tratase de contribuyentes serían de aplicación, según el caso, el supuesto de no sujeción del art. 73.b, en la fabricación, la exención del art. 75.d, y la deducción del art. 80.I, en las adquisiciones intracomunitarias o la devolución del art. 81.I de la Ley 7/2022, en las imputaciones de envases ("El nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", cit., p.16).

34 Serán objeto de devolución tanto los envíos a Estados de la Unión como los envíos a Estados terceros.

Solicitante de la devolución a la Administración, en los supuestos 3, 4 y 5, puede ser un importador del envase o un adquirente intracomunitario, pero también un adquirente del envase que no sea el fabricante del producto. Incluso el fabricante que después adquiriera el producto y modifique su destino.

El escenario natural de los supuestos 4 y 5 es un cambio sobrevenido en el uso o destino del envase. Porque si en origen el envase tiene un destino que evita la generación de residuos entonces gozaran de exención (art. 75, letra g) el fabricante, importador o adquirente intracomunitario del envase.

La efectividad de las devoluciones queda condicionada a que los hechos puedan ser probados ante la Agencia tributaria del Estado, por cualquiera de los medios de prueba admisibles en Derecho español, así como a la acreditación del pago del impuesto.

Naturaleza: esta devolución, en mi opinión, debe ser sistematizada como reembolso o *devolución de la normativa propia del tributo*, porque, conforme al art. 31 de la L.G.T. de 2003 “son devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo las correspondientes a cantidades ingresadas o soportadas debidamente como consecuencia de la aplicación del tributo”. Singulariza estas devoluciones que el solicitante puede no haber revestido la condición de contribuyente.

En consecuencia, transcurrido el plazo fijado en las normas reguladoras del tributo y, en todo caso, el plazo de seis meses, sin que se hubiera ordenado el pago de la devolución por causa imputable a la Administración, la Administración debe abonar intereses de demora (“activos”), sin necesidad de solicitud del contribuyente. El día inicial del devengo del interés de demora coincide con la finalización de dicho plazo semestral y el día final es la fecha en que se ordene el pago de la devolución.

X. ENTIDAD ACREDITADORA.

Una entidad certificadora, previamente acreditada, deberá emitir certificación indicando la cantidad de plástico contenido en el producto. Que es la magnitud gravada en la base imponible del impuesto. La certificación debe seguir el estándar UNE-EN 15343:2008 «Plásticos. Plásticos reciclados. Trazabilidad y evaluación de conformidad del reciclado de plásticos y contenido en reciclado» o el estándar que llegado el caso lo sustituya.

La competencia para acreditar corresponde a la Entidad nacional de Acreditación (ENAC) del Estado español o el organismo nacional de acreditación de otro Estado de la Unión, según el Reglamento europeo 765/2008, para los productos fabricados en la Unión y a la Entidad acreditadora del Estado tercero

con quien la ENAC tenga un acuerdo de reconocimiento internacional, para productos fabricados en un Estado tercero.

Es conducta constitutiva de infracción la falsa o incorrecta certificación por la entidad debidamente acreditada, de la cantidad de plástico reciclado, expresada en kilogramos, contenida en los productos integrados en el ámbito objetivo del impuesto (art. 83.II, c). La sanción consiste en multa proporcional del 50 por ciento del importe de las cuotas que se hubiesen podido dejar de ingresar, con un mínimo de 1.000 euros (art. 83.III, b).

Respecto a su graduación, la sanción se incrementará en el 25 por ciento si existe comisión repetida de infracciones tributarias. Esta circunstancia se apreciará cuando el infractor, dentro de los dos años anteriores a la comisión de la actual infracción, hubiese sido sancionado por resolución firme en vía administrativa por la misma conducta.

La norma no precisa quién debe ser considerado autor de la infracción tributaria descrita, si la Entidad certificadora o el contribuyente beneficiario de la certificación, indefinición normativa que implica una vulneración del principio de legalidad sancionadora (art. 25 de la Constitución).

XI. ACTUACIONES DE GESTIÓN O APLICACIÓN.

La gestión o aplicación del impuesto es construida mediante la elaboración de un Censo de obligados sometidos al impuesto y la confección de un Registro territorial del impuesto. El impuesto sobre envases pone en escena dos métodos de gestión o aplicación.

Respecto de los hechos imponibles fabricación y adquisición intracomunitaria se debe seguir el método de autoliquidación periódica. El periodo de liquidación, como regla general, coincide con el trimestre natural. Si bien para los contribuyentes cuyo periodo de liquidación en el IVA es mensual, el periodo de liquidación del impuesto sobre plásticos, miméticamente, también es mensual.

El fabricante debe presentar tantas autoliquidaciones como establecimientos tenga. El plazo de presentación de la autoliquidación del impuesto es del uno al veinte del mes siguiente a aquel en que expira el periodo de liquidación.

Respecto al hecho imponible importación se sigue el método clásico de liquidación a cargo de la Administración previa declaración del contribuyente. La práctica de la liquidación administrativa se rige por la normativa aduanera, esto es, el Código aduanero de la Unión de 2013.

Representante fiscal: además, los contribuyentes no establecidos en territorio español deben nombrar una persona para que les represente ante la Administración española en relación con sus obligaciones por el impuesto. El nombramiento debe efectuarse con anterioridad a la realización de la primera operación que suponga el primer hecho imponible de este impuesto. El representante deberá también inscribirse en el Registro territorial del impuesto, antes de realizar el primer hecho imponible del impuesto. La omisión del ejercicio del deber de nombramiento de un representante por los contribuyentes no establecidos es constitutiva de infracción tributaria grave, cuya sanción consiste en una multa fija de mil euros.

Deber singularizado en este impuesto es el de que los contribuyentes que realicen las actividades que originan el hecho imponible están obligados a inscribirse en el Registro territorial del impuesto sobre los envases de plástico no reutilizables, con anterioridad al inicio de su actividad, con la salvedad de aquellos que se determine mediante Orden de la persona titular del Ministerio de Hacienda.

¿Quiénes deben inscribirse en el Registro territorial? Los fabricantes en la oficina del lugar en donde radique su establecimiento, los adquirentes intracomunitarios en la oficina en donde radique su domicilio fiscal y los representantes de los no establecidos en la oficina en donde radique su domicilio fiscal. Los importadores, como tales, no están obligados a inscribirse. Los contribuyentes y las personas que representen a los contribuyentes no establecidos en el territorio español que tengan el deber de inscribirse en el Registro territorial del impuesto, deben cumplir con tal deber durante los treinta días naturales siguientes a la entrada en vigor de la Orden reguladora del citado Registro.

El “Código de identificación fiscal” identifica a los obligados tributarios inscritos en el Registro territorial del impuesto. Los obligados tributarios deben tener tantos códigos como actividades y los fabricantes, además, tantos códigos como establecimientos.

La omisión de ejercicio del deber de inscripción en el Registro territorial del impuesto sobre los envases de plástico no reutilizables puede ser considerada conducta constitutiva de infracción tributaria grave, siendo la sanción una multa fija de mil euros.

XII. ANOTACIONES CONCLUSIVAS.

En el Derecho español, el impuesto estatal sobre envases no reutilizables, regulado por ley 7/2022, es un impuesto disciplinado, liquidado y recaudado por el Estado, con *fin no fiscal*, que el fabricante del envase debe repercutir al adquirente del envase.

1ª El fin central, inmediato o remoto del impuesto sobre plásticos no reciclables en la *mens legislatoris* es la evitación de la generación de residuos plásticos, por medio de gravar la utilización de los envases de plástico de un solo uso o no reutilizables. Con vistas al fin intermedio u objeto imponible de gravar la utilización de los envases de un solo uso o no reutilizables, a su vez, son configurados como hechos imponibles el trío fabricación, adquisición intracomunitaria e importación de los envases de plástico.

2ª Aunque fenomenológicamente las adquisiciones intracomunitarias en el impuesto sobre los plásticos y las adquisiciones intracomunitarias en el IVA guardan una notable similitud su significado impositivo es distinto. La noción de “importación” en el impuesto sobre envases de plástico no puede ser identificada con la noción de importación en el Derecho de aduanas, materia de competencia exclusiva de la Unión europea, cuyas coordenadas espaciales abarcan no un solo Estado sino el conjunto de Estados de la Unión.

3ª Como norma de cierre se prevé el hecho imponible “introducción irregular” para casos de tenencia de envases de los que el tenedor no pueda dar legal explicación del origen esto es, el supuesto de que quien los posea, comercialice, transporte o utilice, no acredite haber realizado su fabricación, importación o adquisición intracomunitaria, o cuando no justifique que los envases han sido objeto de adquisición en el territorio español.

4ª La Ley 7/2022 prevé supuestos de devolución por consecución sobrevenida de la finalidad de evitación que el impuesto se propone. Singulariza este conjunto de supuestos que el solicitante de la devolución es adquirente del producto a quien no se exige haber revestido la condición de contribuyente en su adquisición, e incluso, en dos supuestos es excluida tal condición

5ª La gestión del impuesto sobre envases es construida mediante la elaboración de un Censo de obligados sometidos al impuesto y la confección de un Registro territorial del impuesto. El impuesto pone en escena dos métodos de gestión o aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTIA BASTERRA, J.:

- "Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables" (I) *Forum fiscal*: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, núm. 299, 2023.
- "Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables" (II) *Forum fiscal*: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, núm. 300, 2023.
- "Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables" (III) *Forum fiscal*: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, núm. 301, 2023.

CALVO VÉRGEZ, J.:

- "A vueltas con la creación de un gravamen medioambiental sobre el plástico: situación actual y perspectivas de futuro a nivel comunitario (y estatal)", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3, 2021.
- "La aplicación del nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 54, 2023.

CASANA MERINO, F.: "El impuesto sobre Envases de Plástico no Reutilizables: dudas y problemas en su aplicación", *Gaceta fiscal*, núm. 442, 2023.

DE MIGUEL CANUTO, E.: "Transferencias intracomunitarias originarias y sobrevenidas en el Impuesto sobre el Valor Añadido", *Quincena fiscal*, núm. 19, 2021.

ESCOBAR LASALA, J. J.: "El nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables", *Carta tributaria*, núm. 92, 2022.

IBAÑEZ MARSILLA, S.: *GPS Aduanas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y ARRANZ, A.: "Aspectos medioambientales del nuevo impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables" *Documentos* - Instituto de Estudios Fiscales, núm. 3, 2023.

GARCÍA, B. y PALAO BASTAEDES, B.: "La controvertida aplicación práctica del impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (iepnr)", *Revista técnica tributaria*, núm. 141, 2023.

MENÉNDEZ MORENO, A.: “¡Marchando: otra de ecológicos! A propósito de los tributos que contempla la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular”, *Quincena fiscal*, núm. 15-16, 2022.

MERINO JARA, I.: “Novedades en materia de tributación medioambiental”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2022.

PATÓN GARCÍA, G.: “Impulso a la estrategia de la economía circular mediante la imposición sobre plásticos”, en *Transición energética y ODS* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, M. L. y ORTIZ CALLE, E., dirs.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

PUCHOL TUR, T.: “El futuro impuesto sobre plásticos no reutilizables”, *Quincena fiscal*, núm. 4, 2021.



CRÉDITO REVOLVENTE: NUEVOS AVANCES EN LA
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

*REVOLVING CREDIT: NEW ADVANCES IN CONSUMER
PROTECTION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 376-403

Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: Desde el punto de vista jurídico, la consideración de los efectos prácticos derivados del uso de las tarjetas “revolving”, como complejo producto financiero, ha venido suscitando un amplio repertorio de cuestiones deficiente y disparmente resueltas por nuestros Tribunales, siempre a expensas de las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo, generando una situación de inseguridad jurídica. En los últimos años el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos controvertidos acerca de los cuales no imperaba solución pacífica desde la doctrina jurisprudencial ni desde la científica. Cuestiones como el control de incorporación, el de transparencia y la prescriptibilidad de la acción restitutoria de los intereses remuneratorios quedan, de este modo, zanjadas en su polémica, a la luz de la normativa y doctrina jurisprudencial pautada desde Europa. La reciente reforma procesal de la casación introducida por el RDL 5/2023, de 28 de junio, que modifica los artículos 477 y 487 de la LECiv, incorporando como novedad la institución procesal de “el interés casacional notorio” potencia la virtualidad de las decisiones de la Sala Iª, toda vez que, a partir de la señalada reforma, la doctrina jurisprudencial adquiere fuerza vinculante para los tribunales de instancia. Tal previsión afianza la tan deseada seguridad jurídica requerida en el ámbito del Derecho del Consumo y, señaladamente, en la consideración de la figura revisada, por lo que la asimilación de sus fundamentos resulta ya indispensable en el tratamiento de la misma.

PALABRAS CLAVE: Crédito revolving; usura; abusividad; prescriptibilidad; “interés casacional notorio”.

ABSTRACT: *From a legal perspective, the consideration of the practical effects derived from the use of revolving credit cards, as a complex financial product, has raised a wide range of issues, poorly and unevenly resolved by our courts, always at the expense of decisions adopted by the Supreme Court, generating a situation of legal uncertainty. In recent years, the High Court has had the opportunity to rule on controversial issues for which no peaceful solution prevailed, either from jurisprudential or scientific doctrine. Issues such as control of incorporation, transparency, and the statute of limitations on the restitution of interest are thus settled in light of the regulations and jurisprudential doctrine established in Europe. The recent procedural reform of cassation introduced by Royal Decree-Law 5/2023, of June 28, which modifies Articles 477 and 487 of the LECiv (Spanish Civil Procedure Act), incorporating as a novelty the procedural institution of “notorious cassation interest”, strengthens the validity of the decisions of the First Chamber, since, as of this reform, case law acquires binding force for the courts of first instance. This provision strengthens the much-desired legal certainty required in the field of Consumer Law and, particularly, in the consideration of the revised concept. Therefore, understanding its grounds is now essential for addressing it.*

KEY WORDS: Revolving credit; usury; abusiveness; prescriptibility; “notorious cassational interest”.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- I. Relevancia del crédito *revolving*.- 2. Crédito revolvente y ley de usura.- II. DETERMINACIÓN DEL DIFERENCIAL A VALORAR EN EL CRÉDITO REVOLVING PARA LA CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS APLICADO COMO USUARIO.- III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE INCORPORACIÓN EN UN CONTRATO DE CRÉDITO AL CONSUMO.- I. STS, Sala Iª, de 6 de febrero de 2024. 2. STS, Sala Iª, de 16 de octubre de 2024.- IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.- I. La STS, Sala Iª, n° 154, de 30 de enero de 2025. Supuesto de hecho.- 2. La STS, Sala Iª, n° 155, de 30 de enero de 2025. Supuesto de hecho.- 3. Valoración general. V. PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA DE LAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE INTERÉS REMUNERATORIO TRAS LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN CRÉDITO REVOLVING, POR USUARIO O POR RESULTAR LA ESTIPULACIÓN RELATIVA A LOS MISMOS ABUSIVA POR FALTA DE TRANSPARENCIA. LA STS, SALA Iª, N° 350/2025, DE 5 DE MARZO.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL.

En relación con el crédito *revolving* durante los últimos años -y, más específica y destacadamente, durante los últimos meses- la Sala Iª del TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos controvertidos acerca de los cuales no imperaba solución pacífica desde la doctrina jurisprudencial ni tampoco desde la científica. Parafraseando uno de los emblemáticos temas del mítico grupo de Liverpool, la ruta hacia la protección del consumidor en este ámbito realmente ha sido “the long and winding road”, materializado en una incontable sucesión de resoluciones judiciales en buena parte de las ocasiones perturbadoras y nada clarificadoras de las cuestiones abordadas¹. Procedo en este trabajo a revisar, sintética y sistematizadamente, la jurisprudencia más reciente emanada del Alto Tribunal sobre la materia, que viene a actuar a modo de cierre sobre el tratamiento jurisprudencial de la figura.

Como reflexión inicial conviene considerar que la reciente reforma procesal de la casación introducida por el RDL 5/2023, de 28 de junio, que modifica los artículos 477 y 487 de la LECiv, incorpora como novedad la institución procesal de “el interés casacional notorio”, tan novedosa como no exenta de polémica². Al

1 Cfr., por todos, CUADRADO SOLER, J: “Las tarjetas *revolving*: ¿caso resuelto?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794, pp. 3446-3478.

2 Así, en relación con la figura del interés casacional notorio, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, mediante Auto de 11 de junio de 2024 (Roj: AAP MA 1/2024- ECLI:ES:APMA:2024:1A), ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE, seguida con el número de asunto C-443/24 Cajasur Banco. Se cuestiona la compatibilidad de la reforma del recurso de casación con el respeto a la jurisprudencia del TJUE y si resulta compatible un precepto como el art 487.1 de la LECiv, reformado por el Real Decreto ley 5/2023. En el caso el TS estima el recurso de casación y devuelve a la AP de Málaga el procedimiento en el que había

• Carolina del Carmen Castillo Martínez

Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Valencia- UVEG, Magistrada de carrera en situación de excedencia voluntaria en la carrera judicial, Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Correo electrónico: carolina.castillo@uv.es.

respecto, el apartado I del artículo 487 de la Ley Procesal tras la señalada reforma queda del tenor siguiente: “I. El recurso de casación se decidirá por sentencia, salvo que, *habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas*, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina, en cuyo caso el recurso podrá decidirse mediante auto que, casando la resolución recurrida, devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial” (cursiva por la autora). En consecuencia, es de significar que, a partir de la apuntada modificación, la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1ª del TS en sus sentencias, adquiere fuerza vinculante para los tribunales de instancia (LO 1/2025). Esta previsión, que viene a reformular la función de la jurisprudencia en nuestro sistema de fuentes, parece afianzar la tan deseada seguridad jurídica requerida en el ámbito del Derecho del Consumo y, señaladamente, en la consideración de la figura que nos ocupa, evitando la producción de resoluciones judiciales dispares y contradictorias y también ejerciendo una suerte de control sobre los litigios colectivos en ámbitos, como éste, usualmente presididos por esta práctica procesal.

I. Relevancia del crédito revolving.

Como es sabido y se ha indicado, el crédito revolving, valorado como mecanismo crediticio, implica en esencia la apertura y puesta a disposición del consumidor de una línea de crédito que actúa hasta el límite convenido y que se abona de manera aplazada, usualmente a través de cuotas periódicas fijadas en el contrato, que pueden consistir bien en un porcentaje sobre la deuda o, en su caso, en una cantidad fija que el adherente puede concretar en el ámbito de determinados mínimos dispuestos y ofrecidos por la entidad financiera³. Estas cuotas que se

desestimado la pretensión de nulidad de la cláusula suelo y la restitución de cantidades por la existencia de un documento de novación/transacción, y acuerda que la Audiencia resuelva sin tener en cuenta el pacto de transacción. Pregunta la AP sobre la reforma del recurso de casación que impone la vinculación del juez español por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, sin distinguir si la misma pueda o no ser contraria a la materia e interpretación dada por el TJUE. El Auto expone que la cuestión es pertinente porque la posibilidad de resolver será diferente si se limita la facultad discrecional del juez para resolver. Y se indica que de ser compatible con la doctrina del TJUE se limitaría el enjuiciamiento excluyendo pruebas y determinando una jurisprudencia como válida sin necesidad de contrastarla con la del Tribunal de Justicia. Pero si se considera la regulación incompatible, en materia de consumidores, podría resolverse en contra de la Sentencia del TS.

- 3 Sin duda, su característica más definitoria se localiza en “que el prestatario puede disponer hasta el límite de crédito concedido sin tener que abonar la totalidad de lo dispuesto a fin de mes o en un plazo determinado, sino que el prestatario se limita a reembolsar el crédito dispuesto de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas cuyo importe puede elegir y modificar durante la vigencia del contrato dentro de unos mínimos establecidos por la entidad” (Cfr. Preámbulo de la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente, por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE N°203, de 27 de julio de 2020, en adelante Orden ETD/699/2020, de 24 de julio). Así como también en su naturaleza rotativa, en atención a la cual a medida que el beneficiario va devolviendo las cantidades dispuestas volverá a tener el importe disponible para su uso, con lo que el capital inicial se va renovando, resultando que, diversamente a lo que sucede con los préstamos al consumo tradicionales que, de ordinario, se convienen con duración específica a cuyo término final el prestatario debe haber devuelto todo el capital adeudado, en el crédito revolving no existe dicho término final previsto para la total devolución, pues el crédito se va renovando de

abonan pueden integrarse en el crédito disponible, renovándose de manera automática a su vencimiento mensual, resultando que sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado⁴. Por otra parte, y aunque la considerada modalidad de financiación no aparezca necesariamente vinculada a una tarjeta de crédito, la realidad demuestra que el cliente en la mayor parte de los supuestos al contratar el producto opta por la incorporación del préstamo a una tarjeta de crédito, por cuanto que tal asociación facilita el uso del capital a utilizar al posibilitar la disponibilidad de fondos en la red de cajeros automáticos o verificar pagos a terceros en cualquiera de sus modalidades ya sea de manera presencial o bien online⁵.

A pesar de los elevados intereses dispuestos en sus ofertas contractuales tanto por parte de las entidades bancarias como de los establecimientos financieros de crédito, sin duda, la relevancia estadística del crédito revolving, fundada también en su publicidad como forma de obtener líquido de manera rápida⁶, radica en su impacto en el puntaje crediticio o número que refleja la solvencia económica de una persona y, muy señaladamente, en la utilización de la figura como medio de financiación en las operaciones crediticias al consumo. Es de constatar que el señalado factor resulta el segundo más relevante, después del historial de pagos, para determinar la puntuación FICO⁷. Desde la anterior consideración, mantener un índice de utilización del crédito bajo, idealmente no superior al 30%, contribuye

manera indefinida. Por otra parte, es de destacar que el mismo Banco de España, al ofrecer una definición de crédito revolving, incorpora en el concepto la eventualidad de concurrencia de anatocismo, toda vez que expresamente admite que si se generan impagos “la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses” (SÁEZ DE JUBERA HIGUERO, B: “Créditos revolving: usura y transparencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 786, julio-agosto 2021, p. 2521).

- 4 La AP de Valencia, Sección 6ª, en Sentencia de 22 de julio de 2024 (Roj: SAP V 1613/2024 - ECLI:ES:APV:2024:1613), expone de manera asequible a la comprensión del consumidor qué se entiende por crédito revolving y el mecanismo de su funcionamiento. Así dispone en su fundamento jurídico segundo, apartado segundo: “en esencia el crédito revolving permite al prestatario devolver el importe objeto de disposición de forma aplazada través de cuotas periódicas que varían en función de la suma dispuesta; el propio cliente normalmente puede fijar el importe de la cuota a devolver, de manera que con cada pago de cuota el crédito “se reconstituye”, pudiéndose disponer, durante la vigencia del contrato, del importe de capital amortizado en cada cuota, renovándose de manera automática. Esta estructura básica permite diversas modalidades, a través de las condiciones fijadas por el prestamista en cada caso. Como en todo préstamo, el interés remuneratorio constituye un elemento esencial del contrato, y en el particular caso de las tarjetas revolving suele ser relativamente superior al de los préstamos o créditos ordinarios. Este tipo de tarjetas en cuanto que prolonga extraordinariamente el plazo de devolución del crédito, que se va regenerando mediante cuotas de amortización que suelen ser de escasa cuantía ya que frecuentemente son elegidas por el cliente, pero con escasa amortización de capital y elevados intereses, unido a la facilidad de su concesión y frecuente utilización, favorecen el denominado ‘crédito cautivo’, la concesión irresponsable del crédito y el sobrendudamiento excesivo de los consumidores que no tienen acceso a otros créditos en condiciones menos gravosas” (F.J. 2º).
- 5 CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F: “Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving. La superación de la jurisprudencia “sygma mediatis”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 77.
- 6 Cfr. ENRICH GUILLÉN, D. Y ARANDA JURADO, M: “Los créditos revolving y los intereses usurarios”, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 273.
- 7 Resulta de interés precisar que la llamada puntuación FICO es un número de tres dígitos que representa el riesgo crediticio asumido por el cliente y que utilizan las entidades prestamistas para decidir acerca de la concesión de un préstamo y sus condiciones. Oscila entre 300 y 850, influyendo en su fijación datos tales como el historial de pago, el comportamiento crediticio del solicitante y las deudas contraídas, resultando, obviamente, más favorable al consumidor cuanto más elevada sea la puntuación.

mejorar el puntaje de crédito. Por otra parte, el crédito *revolving* también afecta la parte de historial crediticio, ya que las cuentas (o créditos) rotativas permanecen activas en el informe mientras persisten abiertas. La utilización de la figura ha resultado especialmente relevante en los últimos años por constituir un recurso destacado al que el consumidor usualmente ha recurrido para obtener financiación en las operaciones al consumo. Y tan señalado uso ha traído la consecuencia de una también muy destacada litigiosidad.

Ante la indolencia del legislador español que no ha desplegado iniciativa alguna en la regulación de la amplia y variada problemática que suscita la consideración del crédito revolvente⁸, durante los últimos años las cuestiones litigiosas proyectadas han mantenido ocupada tanto a la doctrina científica como a la jurisprudencia, sobre todo a partir del dictado de las SSTs, Sala I^a, de 25 de noviembre de 2015⁹ y, muy señaladamente, desde la de 4 de marzo de 2020¹⁰, toda vez que la titubeante,

- 8 Regulación que, sin duda, hubiera zanjado anticipada y eficazmente muchas de las cuestiones prolongadamente debatidas de manera forzosa ante los tribunales, como demuestra el ejemplo de algunos países de la UE que sí han establecido un límite porcentual con el propósito de determinar normativamente de manera objetiva la condición de usurario del interés que supera el tipo medio dispuesto para esta categoría de créditos. Así, entre otros, Francia lo tiene fijado en un diferencial sobre el tipo medio del 30%, siendo la *taux d'usure* la que supera 1/3 el tipo medio de mercado (art L314-6 Code de la consommation); Portugal lo establece en el 25%; en Alemania el doble límite está en el 100% en términos relativos o 12 puntos porcentuales en términos absolutos en contexto de todas las condiciones que envuelvan al préstamo (BGH 19.12.2017 XI ZR 152/17; v. BGH XI 13.3.1990 ZR 252/89); en Italia se establece que ya sea que el interés supere el tipo medio de mercado más ¼ más 4 puntos o bien el que supere el tipo medio más 8 puntos, produce la usura (art 2.4 Legge 7 de marzo de 1996, n.108); por su parte, los tribunales daneses suelen considerar que un contrato es abusivo y, por lo tanto, puede ser declarado nulo si los intereses son excesivamente altos, considerando el contexto del contrato, la comparación con los intereses del mercado y el efecto sobre el consumidor; (sobre la evolución histórica de la usura en el Derecho comparado cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “La usura. Evolución histórica y patología de los intereses”, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 144 y ss). En todo caso, la cuestión pronto quedará resuelta con la transposición de la Directiva de contratos de crédito al consumo 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los créditos de consumo, por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE, y cuyo plazo de transposición finaliza el 20 de noviembre de 2025, siendo de obligada aplicación a partir del 20 de noviembre de 2026. En síntesis, la Directiva tiene por objeto la armonización de ciertos aspectos de los créditos al consumo, esto es, según la propia Directiva los contratos por los que un prestamista concede o se compromete a conceder un crédito a un consumidor. La previsión normativa proyecta una armonización total, de manera que los Estados miembros únicamente podrán adoptar disposiciones nacionales divergentes cuando así se prevea expresamente. Y, a tal efecto, se insta a los Estados miembros a que, mediante límites máximos, adopten medidas a fin de evitar la imposición a los consumidores de tipos deudores, tasas anuales equivalentes o costes totales de crédito excesivamente elevados, también en las propias tarjetas *revolving*. Además, entre otros aspectos a destacar, los Estados miembros podrán adoptar prohibiciones o limitaciones relativas a las comisiones o gastos específicos aplicados por los prestamistas a los consumidores.
- 9 STS, Sala I^a, de 25 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4810/2015- ECLI:ES:TS:2015:4810), en la que se declara que la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, siempre que cumpla el requisito de transparencia y la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial, si bien la operación de crédito litigiosa debe considerarse usuraria, pues concurren los dos requisitos legales, el interés debe ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea manifestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.
- 10 STS, Sala I^a, de 4 de marzo de 2020 (Roj: STS 600/2020- ECLI:ES:TS:2020:600), en la que se declara la nulidad, por usuraria, de una tarjeta de crédito *revolving* con un interés nominal del 24%, y TAE del 26,82%, y aplicable la Ley Azcárate, que se refiere a los contratos de préstamo (art.1), ampliando su ámbito aplicativo a cualquier operación en la que se verifique un préstamo de dinero con independencia del tipo contractual convenido, tal y como sucede en el caso sometido al enjuiciamiento del TS.. Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Doctrina legal sobre el crédito *revolving*. Comentario a la STS, Sala I^a, 149/2020, de 4 de marzo”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, pp. 758-775.

y en algunos aspectos cuestionada, doctrina jurisprudencial vertida por el Alto Tribunal al revisar este complejo producto financiero e intentar ofrecer solución a las materias planteadas determinó el dictado una oleada de resoluciones de fundamento disperso, y en ocasiones contradictorio, perturbadora de la seguridad jurídica que debe dar cobertura a la actividad del consumidor contratante.

2. Crédito revolvente y ley de usura.

Resulta de interés precisar que desde la más temprana consideración jurisprudencial acerca de la concreción del interés remuneratorio exigible en el ámbito del crédito *revolving* el TS siempre ha entendido aplicable al mismo las previsiones normativas de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, si bien con criterios aplicativos en ocasiones muy criticables¹¹. La cuestión debe darse por resuelta¹² señaladamente a partir de las SSTs, Sala Iª, de 15 de febrero de 2023¹³ y 28 de febrero de 2023¹⁴, toda vez que las previamente dictadas de 4 de mayo de 2022¹⁵ y 4 de octubre de 2022¹⁶ no hicieron sino generar confusión en la aplicación de los criterios esgrimidos, tal y como resultaron interpretados por las Audiencias Provinciales al resolver los numerosísimos recursos de apelación planteados¹⁷.

II. DETERMINACIÓN DEL DIFERENCIAL A VALORAR EN EL CRÉDITO REVOLVING PARA LA CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS APLICADO COMO USUARIO.

A los efectos de determinar cuándo el interés remuneratorio fijado en un crédito revolvente debe tener la consideración de usurario, la Sala Iª del TS, en un intento de superar la confusa doctrina sentada por las previas de 25 de noviembre

11 Cfr. AGÜERO ORTIZ, A: “Evolución jurisprudencial en materia de usura de las tarjetas de crédito *revolving*”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVI, 2023, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1531-1608. Como expone esta autora, desde el año 2015, el TS ha dictado una pluralidad de sentencias en materia de usura de tarjetas de crédito *revolving* que ha comportado la desnaturalización de dicho control, al haber prescindido por completo de la ponderación de las circunstancias concurrentes, provocando el paradójico resultado de que todas las tarjetas de crédito merecieran la consideración de usurarias, de suerte que el control de usura dejó de ser un control excepcional para ser predicable de todo un mercado.

12 Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA J: “El bazar jurisprudencial de las tarjetas *revolving*”, *Diario La Ley*, núm. 9638, Sección Tribuna, 22 de mayo de 2020.

13 STS, Sala Iª, de 15 de febrero de 2023 (Roj: STS 442/2023-ECLI:ES:TS:2023:442).

14 STS, Sala Iª, de 28 de febrero de 2023 (Roj: STS 786/2023-ECLI:ES:TS:2023:786).

15 STS, Sala Iª, de 4 de mayo de 2022 (Roj: STS 1763/2022-ECLI:ES:TS:2022:1763).

16 STS, Sala Iª, de 4 de octubre de 2022 (Roj STS 3503/2022-ECLI:ES:TS:2022:3503).

17 Cfr. CELDRÁN, J.M: “Cambio de criterio del TS en los intereses usurarios de tarjetas *revolving*”, *elderecho.com*, Ed. Lefebvre, Tribuna, 1 de marzo de 2023 y SÁNCHEZ GARCÍA, J: “Estado actual de la aplicación de la Ley de Usura al crédito *revolving* conforme a la jurisprudencia de la Sala Iª del TS”, *Derecho al Consumo y correcto funcionamiento de los mercados* (dir. Francisco Javier Orduña Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 89-140.

de 2015¹⁸ y 4 de marzo de 2020¹⁹, dictó las sentencias de 4 de mayo de 2022²⁰ y 4

- 18 STS, Sala I^a, de 25 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4810/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4810). Esta Sentencia viene a fijar el contexto normativo de aplicación de la Ley de represión de la usura, (i) delimitando el ámbito de control judicial de las cláusulas de intereses remuneratorios y moratorios en los contratos bancarios de préstamo y crédito respecto de la normativa sobre cláusulas abusivas y, a su vez (ii) disponiendo la eficacia de la referida Ley como límite externo a la autonomía negocial en un sistema de libre fijación de intereses. Se trata de la primera que interpreta la Ley de represión de la usura y analiza en profundidad la figura del crédito *revolving* a la luz de la misma, toda vez que no resultaba admisible el control de abusividad de la cláusula de interés remuneratorio, por la modificación introducida por la Directiva 93/13 en su art. 4.2, al establecer que el precio del crédito es un elemento esencial del contrato, y éste no está sujeto al control específico de cláusulas abusivas, siempre y cuando se haya superado previamente el control de transparencia e incorporación. Esta Sentencia, en su apartado tercero del F.J tercero, determina “no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art.1 de la Ley. Por tanto (...) para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley, esto es, que haya sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”. Por consiguiente, se acoge la innecesaria concurrencia de todos y cada uno de los elementos que conforman estos requisitos recogidos en el art. 1 LRU, toda vez que uno de ellos puesto en contexto en la situación de los contratantes y demás circunstancias que se den en el caso, resulta suficiente para la determinación del carácter usurario del préstamo suscrito. Así lo venía reflejando el TS en su primaria jurisprudencia recaída en la década de los años 40, en pronunciamientos tales como los de las STS 24 de marzo de 1942, STS 12 de julio de 1943, STS 18 de junio de 1945 y STS 17 de diciembre de 1945, que atendían al artículo primero de la Ley de 1908 considerando el elemento subjetivo siempre. Como contundente crítica a la revisada Sentencia cfr. CARRASCO PERERA, A. y AGÜERO ORTIZ, A: “Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. “*Sigma mediatis*”: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio”, *Usura con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Aranzadi, Madrid, 2025, pp. 151-177.
- 19 STS, Sala I^a, de 4 de marzo de 2020 (Roj: STS 600/2020- ECLI:ES:TS:2020:600). La primera novedad de esta Sentencia es la modificación del índice de referencia que ha de servir como “interés normal del dinero”, de manera que para determinar si el interés remuneratorio es usurario debe ser el interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en este caso el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, debiéndose estar, además, al momento de la celebración del contrato. Por otra parte, para determinar la condición de usurario de un crédito *revolving* la Sala considera que el tipo medio del que se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado, de modo que hay menos margen para incrementar el precio sin incurrir en usura, por lo que estima que una diferencia de 6,82 (entre 20 y 26,82%) es tan apreciable que ha de considerarse como notablemente superior a la media, debiendo tratarse de un interés manifestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, sin que pueda justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito concedidas de modo inmediato, porque la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Pero, además, esta Sentencia, en su F.J quinto, apartado 2, deroga de forma expresa el elemento subjetivo, aplicando la norma en un mercado financiero lo que convierte en general y abstracto su pronunciamiento al no limitarse a una situación individual y concreta que atienda a las circunstancias del caso (“sin atender a la naturaleza de la norma y su razón de ser prevista para supuestos individuales”). Así, el Alto Tribunal viene a pronunciarse desbancando el elemento subjetivo como esencial en aplicación de la Ley de represión de la usura, en tanto que se pronuncia en el sentido de que, no obstante, en el supuesto concurren “motivos para estimar que (el interés) ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”. Resulta sorprendente este reiterado cambio de sentido, recogido en esta resolución y en la STS de 25 de noviembre de 2015, pues hasta ese momento la Sala había considerado el elemento subjetivo en reiterados pronunciamientos, tales como los recogidos en STS 1 de marzo de 2013 y también en la STS 27 de marzo de 2019 que considera la falta de acreditación del elemento subjetivo de la angustia alegada por el prestatario y no apreciada por la Audiencia, para estimar el recurso. Como he tenido ocasión de explicar en otra sede (cfr. Auto JPI n° 4 Castellón, de 7 de mayo de 2021 (Roj: AJPI 43/2021 - ECLI:ES:JPI:2021:43A), por el que se plantea cuestión prejudicial ante el TJUE) las consecuencias de la supresión del elemento subjetivo de la usura provoca el riesgo del intervencionismo judicial en el mercado interior y la fijación de precios, contraviniendo el principio del art 9.3 CE pues, al aplicarse la Ley de la usura en contra del principio de liberalidad de la tasa de interés que fija el art 325 del Cco, se pasa a establecer un criterio general de fijación de precios del dinero en los préstamos. De lo que resulta una intervención general en los precios de mercado en contra de los preceptos y valores con los que tanto el CC español como, en general, el Derecho de la UE participan, resultando un obstáculo para el sistema de economía de mercado que los países de la Unión tienen implantado.
- 20 STS, Sala I^a, de 4 de mayo de 2022 (Roj: STS 1763/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1763). Esta Sentencia, en sus apartados 4 a 7 del F.J tercero, aclara que el tipo de interés a establecer como parámetro en cuanto a los

de octubre de 2022²¹ valorando, a los efectos de declarar la usura, el interés que debe considerarse como notablemente superior al normal del dinero en este tipo de contratos y la medida análoga de referencia, señaladamente en los contratos formalizados con anterioridad a 2010²².

Como ha quedado indicado, la tan debatida cuestión acerca del diferencial aplicable al crédito revolvente a los efectos de precisar cuándo nos hallamos ante

créditos de préstamo de dinero con devolución aplazada, esto es mediante tarjeta *revolving*, ha de ser el tipo medio referente a las mismas y no a los créditos de consumo, por encontrarse un escalón más profundo y, por ende, más específico en lo que a la clasificación de dichos créditos se refiere. Sin duda, esta resolución resulta relevante por cuanto que resuelve un recurso de casación respecto de un crédito *revolving* que fue formalizado en el año 2006 (cfr. SAP AB 620/2018 de 21 de Septiembre de 2018), esto es, anterior al año 2010 que es desde cuando el Banco de España viene publicando el índice de tipo medio que debe ser aplicado para las operaciones de crédito mediante tarjeta *revolving*, sin perjuicio de que, como ya se ha indicado, con fundamento en dicho pronunciamiento se haya podido comprobar cómo en los años anteriores a que el Banco de España publicara las estadísticas referentes, el tipo medio de TAE se encontraba igualmente en un 20%. La Sentencia revisada concluye reconociendo en su Fundamento de Derecho tercero, apartado sexto, la normalidad de una TAE del 26%: “Los hechos fijados en la instancia, que deben ser respetados en el recurso de casación, consisten en que los datos obtenidos de la base de datos del Banco de España revelan que, en las fechas próximas a la suscripción del contrato de tarjeta *revolving*, la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era frecuentemente superior al 20% y que también era habitual que las tarjetas *revolving* contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23%, 24%, 25% y hasta el 26% anual”. Las divergencias interpretativas sobre esta Sentencia resultaron de tan hondo calado, que el TS tuvo que publicar una nota aclaratoria manteniendo la doctrina jurisprudencial, ante las dudas ocasionadas a la hora de comparar el tipo normal del dinero y la TAE del contrato (cfr., por todos, REINHART SCHULLER, R: “Comentario a la nueva STC (367/2022 de 4 de mayo) en materia de créditos *revolving*”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. n° 42/2022).

- 21 STS, Sala 1ª, de 4 de octubre de 2022 (Roj STS 3503/2022-ECLI:ES:TS:2022:3503). Esta Sentencia cambia el criterio, al declarar que la comparativa (entre el tipo normal del dinero y la TAE del contrato) deberá realizarse respecto del tipo medio de productos similares a la fecha del contrato. La resolución revisada mantiene la doctrina jurisprudencial que declara que los tipos a comparar deben ser los publicados por el Banco de España para productos similares, si bien se adiciona un dato especialmente relevante: en la fecha de celebración del contrato (2001), pues el tipo medio tenía un interés del 24,5% anual y en la década 1999/2009 osciló entre el 23% y el 26%. No obstante, en el supuesto enjuiciado no queda acreditado cuál era el interés medio del mercado de créditos *revolving* en la fecha en que se celebró el contrato (2001), considerándose que una TAE de entre el 23 % y el 26 % en esa década era normal. En el supuesto enjuiciado la TAE pactada en el contrato era del 20,9 %, inferior a las habituales en el momento, por lo que el crédito no resulta usurario. El Alto Tribunal fija doctrina declarando que entre 1999 y 2009 el interés medio del crédito *revolving* oscilaba entre el 23 % y el 26 %, pero sin aclarar el tipo medio que debe servir como base para valorar si un contrato celebrado en aquella década es usurario o no. Sobre esta Sentencia cfr. MARIN LÓPEZ, M.J: “Una TAE del 26% en un crédito *revolving* está dentro del interés normal del dinero y un TAE más elevada sólo es usuraria si es notablemente superior a esa cifra”, *Usura con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Aranzadi, Madrid, 2025, pp.309-337.
- 22 En este sentido resulta de interés precisar que el tipo medio proporcionado por el Boletín Estadístico del Banco de España para los créditos *revolving* se corresponde con el TEDR (tipo efectivo de definición restringida - parámetro que es fijado por el Banco de España en su Boletín, para los créditos *revolving*-, equivalente al TIN, tipo medio nominal, que el art 6 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo diferencia de la TAE) y no con la TAE (tasa anual equivalente - parámetro que el TS indica como referente a tener en cuenta al valorar el “interés notablemente superior”). Precisamente, en la STS, Sala 1ª de 4 de octubre de 2022 (Roj STS 3503/2022-ECLI:ES:TS:2022:3503; FD 2), apartado 1º *in fine*, se manifiesta esta cuestión, destacándose la información incorrecta proporcionada por el Banco de España en relación con los datos estadísticos de los créditos *revolving*. Y tal consideración provocó que el Banco de España modificara la información hasta entonces proporcionada respecto de esta clase de productos, adicionando en la nota al pie del capítulo 19, 4 la siguiente aclaración respecto del TEDR: “a. Los tipos TEDR no incluyen los gastos conexos, tales como las primas por seguros de amortización y las comisiones que compensen costes directos relacionados. La finalidad de los tipos TEDR es básicamente proporcionar al Eurosistema información relevante para el análisis de la transmisión de la política monetaria pero no son, a diferencia de los tipos TAE, una referencia adecuada ni comparable del coste total para los clientes de la financiación concedida”.

un interés notablemente superior al normal del dinero debe darse por resuelta a partir de las SSTs, Sala I^a, de 15 de febrero de 2023²³ y 28 de febrero de 2023²⁴.

- 23 STS, Sala I^a, de 15 de febrero de 2023 (Roj: STS 442/2023 - ECLI:ES:TS:2023:442). Esta Sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto contra una sentencia que declaró no usurario el interés remuneratorio pactado en un contrato *revolving*, concretamente una tarjeta de crédito Visa, formalizada en el año 2004 y con un interés remuneratorio del 23,9%. Del mismo modo que consta declarado en las SSTs de 4 de mayo y 4 de octubre de 2022, en la STS de 15 de febrero de 2023 la Sala reitera que el índice a considerar para determinar si el interés pactado es notablemente superior al normal es la tasa anual equivalente (TAE) y que la comparación ha de hacerse con el interés medio aplicable en el momento de la contratación a la categoría que corresponda a la operación cuestionada. Y que para los contratos suscritos después de que el Boletín Estadístico del Banco de España desglosara el tipo de créditos *revolving* (junio de 2010), el parámetro de comparación es el interés medio publicado en cada momento. Asimismo, la Sala, como ya declaró en sentencia de 4 de octubre de 2022, señala que el interés analizado por el Banco de España en el Boletín Estadístico es el TEDR (tipo efectivo de definición restringida) equivale al TAE sin comisiones y que el interés publicado es ligeramente inferior al TAE y puede ser complementado con las comisiones generalmente aplicadas por las entidades financieras, aunque esta diferencia ordinariamente no será determinante para apreciar la usura, porque se exige que el interés pactado sea notablemente superior al normal de mercado y no basta con que sea meramente superior. Con esta resolución la Sala sienta doctrina jurisprudencial mediante una triple consideración: (i) atendiendo al propósito de realizar el control de usura para tarjetas de crédito *revolving* anteriores a junio de 2010 (período para el que no existen estadísticas específicas de este producto publicadas por el Banco de España), pues la comparación debe hacerse respecto del interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en este caso el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito *revolving* del año 2010; (ii) disponiendo que cuando se acuda a las estadísticas publicadas por el Banco de España ha de tenerse en cuenta que éstas recogen el TEDR (tipo efectivo de definición restringida) medio de las tarjetas de crédito *revolving*, que no equivale a la TAE, por lo que no sirve como indicador del precio de una tarjeta de crédito *revolving* pues la TAE, al agregar las comisiones, sería ligeramente superior, de manera que deberá aplicarse un factor de corrección de entre 20 y 30 centésima; (iii) considerando, atendidos los diversos pronunciamientos del TS sobre la cuestión a partir del año 2015, más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales. En definitiva, el TS considera que la comparativa debe realizarse conforme a las estadísticas oficiales del Banco de España, de acuerdo con la Tabla 19.4 del Banco de España, para aquellos contratos anteriores a junio de 2010, momento en que no existía tabla de comparación, de manera que para determinar si el tipo de interés contemplado en una relación contractual es usurario debe compararse el mismo con las estadísticas publicadas por el Banco de España y en el caso de contratos anteriores a junio de 2010 la comparativa deberá realizarse con el tipo medio para el año 2010 siendo este el 19,32% (cfr. MARTÍNEZ DÍAZ, J: "Donde dije usura, digo mercado: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) 258/2023 de 15 de febrero", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 45/2023).
- 24 STS, Sala I^a, de 28 de febrero de 2023 (Roj: STS 786/2023-ECLI:ES:TS:2023:786). Esta resolución añade un último aspecto respecto a la variación a lo largo de la vigencia del contrato de los tipos de interés y, de esta manera, un tipo de interés inicial en un contrato de tarjeta de crédito que a priori podría parecer no usurario no exime de poder analizar la evolución del tipo de interés aplicado a lo largo de la relación contractual y si tras diversas modificaciones devengara usurario declarar la nulidad del mismo. En efecto, en esta Sentencia se establece que el incremento en el interés a aplicar a la tarjeta de crédito deviene usurario ya que, como bien dice la Sala, sería "absurdo" no calificar como usurario el incremento porcentual de manera unilateral por parte de la entidad. En el contrato objeto del litigio resulta que la entidad financiera podía modificar unilateralmente (previa notificación al acreditado y con la posibilidad de que este diera por terminado el contrato y se limitara a pagar lo que hasta ese momento adeudaba al tipo de interés pactado) el tipo de interés de la operación crediticia revolvente, sin que tal modificación se hiciera con referencia a un índice legal. De esta manera, la TAE, que inicialmente, cuando se concertó el contrato en 2003, era de un 15,9% anual, fue incrementada paulatinamente por la entidad financiera y pasó a ser en 2009 del 26,9%, a los efectos de la aplicación de la Ley de represión de la usura, en cuyo ámbito cada modificación del interés implica la perfección de un nuevo contrato en el que se fija un nuevo tipo de interés, resultando que a partir de ese momento el contrato puede catalogarse de usurario siempre que el nuevo tipo de interés de la operación resulte notablemente superior al interés normal del dinero en aquel momento y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias concurrentes. Pero tal condición de usurario no afecta al contrato desde el momento inicial del mismo, sino exclusivamente desde el momento en que la acreedora fijó unilateralmente una TAE con un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero en ese mismo momento. Por tal razón, las consecuencias anudadas a ese carácter usurario han de producirse desde que se fijó el interés usurario, en el caso objeto de litigio desde el año 2009. Por lo que se declaran no usurarios los intereses del 15,9% y 17,9% existentes al inicio del préstamo, pero sí que se declara usurario el interés del 26,9% desde su modificación, dando lugar a la usura en aquellos contratos que hayan tenido en algún momento un interés desproporcionado según las anteriores reglas.

A las precitadas resoluciones siguieron las SSTS, Sala I^a, de 6 de octubre de 2023²⁵, 27 de octubre de 2023²⁶, 29 de noviembre de 2023²⁷, 5 de diciembre de 2023²⁸, 10 de enero de 2024²⁹, 6 de febrero de 2024³⁰, 13 de febrero de 2024³¹, 21 de febrero de 2024³² y 22 de febrero de 2024³³, entre algunas otras más, a partir de las que queda señalada en seis puntos porcentuales la diferencia entre el tipo medio y el interés convencionalmente establecido a los efectos de calificar el interés pactado y, por ende, el contrato, como usurario.

25 STS, Sala I^a, de 6 de octubre de 2023 (Roj: STS 4409/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4409).

26 STS, Sala I^a, de 27 de octubre de 2023 (Roj: STS 4532/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4532). En el supuesto enjuiciado se trata de un contrato de tarjeta de crédito concertado en el año 2002, fecha anterior a la publicación de las estadísticas del Banco de España con un desglose específico de los datos sobre interés promedio de tarjetas de crédito de pago aplazado y *revolving*.

27 STS, Sala I^a, de 29 de noviembre de 2023 (Roj: STS 5302/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5302). De manera que, al igual que en el caso contemplado en la STS de 15 de febrero de 2023, la comparación deberá establecerse en relación con los datos que aparecen en esas estadísticas más próximas a la fecha de contratación de la tarjeta, que son los del año 2010. Y, según el boletín estadístico del 2010, el tipo medio TEDR ese año estaba en el 19,32, de forma orientativa, con la corrección entre 20 y 30 centésimas para adecuarlo a la TAE. El interés estipulado de la tarjeta de crédito de pago aplazado, opción de pago *revolving*, era del 24% TAE, muy por debajo de los 6 puntos porcentuales de diferencia con el tipo medio de mercado, que es el criterio jurisprudencial para que el interés no sea considerado notablemente superior al interés normal del dinero.

28 STS, Sala I^a, de 5 de diciembre de 2023 (Roj: STS 5478/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5478). Esta resolución hace referencia a la STS núm. 258/2023, de 15 de febrero, en la que quedó declarado, como criterio uniforme de valoración, que el interés convenido superara los 6 puntos porcentuales respecto del que era común en el mercado para las tarjetas de crédito *revolving*. En el supuesto enjuiciado, el contrato de tarjeta de crédito era del año 2015, fecha posterior a la publicación de las estadísticas del Banco de España con desglose específico de los datos sobre interés promedio de tarjetas de crédito de pago aplazado y *revolving*. Por consiguiente, la comparación deberá establecerse con los datos de ese año que aparecen en esas estadísticas. La TAE de la tarjeta en el momento de la contratación era del 21%, y, según los datos estadísticos del Banco de España, en el año 2015 la TDR de las tarjetas de crédito de pago aplazado era del 21,13%. En consecuencia, se declara que el interés pactado en la tarjeta no era usurario por no superar el interés normal del dinero conforme a la jurisprudencia expuesta.

29 STS, Sala I^a, de 10 de enero de 2024 (Roj: STS 66/2024 - ECLI:ES:TS:2024:66). En esta Sentencia el objeto litigioso era un contrato perfeccionado en el año 2016 con la opción de pago en la modalidad *revolving* y el interés remuneratorio pactado en el contrato era el 21% TAE. En el año 2016, la TEDR de las tarjetas de crédito con pago aplazado, según la publicación del Banco de España, era del 20,84%. Y el Alto Tribunal se remite a lo declarado en su Sentencia n° 258/2023, de 15 de febrero: “... en esa sentencia establecimos como criterio uniforme de valoración que el interés convenido supere los 6 puntos porcentuales del que era común en el mercado para las tarjetas de crédito *revolving*: “En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad *revolving*, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15% (...), consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales”. Por consiguiente, toda vez que el interés pactado en la tarjeta apenas superaba el interés promedio de operaciones de la misma clase y, conforme a la jurisprudencia expuesta, el interés no se considera usurario.

30 STS, Sala I^a, de 6 de febrero de 2024 (Roj: STS 467/2024 - ECLI:ES:TS:2024:467).

31 STS, Sala I^a, de 13 de febrero de 2024 (Roj: STS 746/2024 - ECLI:ES:TS:2024:746).

32 STS, Sala I^a, de 21 de febrero de 2024 (Roj: STS 833/2024 - ECLI:ES:TS:2024:833).

33 STS, Sala I^a, de 22 de febrero de 2024 (Roj: STS 834/2024 - ECLI:ES:TS:2024:834).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE INCORPORACIÓN EN UN CONTRATO DE CRÉDITO AL CONSUMO.

Además, recientemente, mediante las SSTs, Sala I^a, de 6 de febrero de 2024³⁴ y 16 de octubre de 2024³⁵, el Alto Tribunal también ha sentado jurisprudencia acerca del control de incorporación en un supuesto de contrato de crédito al consumo. Esta cuestión nos lleva a considerar los hechos y fundamentación de las resoluciones precitadas.

I. La STS, Sala I^a, de 6 de febrero de 2024.

En esta Sentencia, al considerar el control de inclusión en los créditos revolventes, se precisa que en el supuesto enjuiciado cuando se firmó el contrato litigioso ni estaba en vigor el TRLCU³⁶ ni existía en nuestro ordenamiento jurídico norma que vinculara la validez de un contrato con consumidores, a efectos de la incorporación de sus cláusulas, a un determinado tamaño de letra. Por lo que, en tales casos, la Sala ha tenido en cuenta la posibilidad real de lectura y que el tipo de letra no sea microscópico o diminuto. Concretamente, en el supuesto, el TS considera que la cláusula supera el control de incorporación en cuanto a la legibilidad cuestionada, toda vez que las referencias al tipo de interés se encuentran al principio del contrato y, aunque con un tipo de letra que califica como pequeño, resultan legibles a simple vista. Así, en el F.J cuarto se declara lo siguiente: “3.- En este caso, las referencias al tipo de interés se encuentran al principio del contrato, son fácilmente localizables, y aunque con un tipo de letra que podemos calificar como pequeño, resultan legibles a simple vista, sin necesidad de ningún esfuerzo especial. Por lo que cabe considerar que la cláusula supera el control de incorporación o inclusión, en cuanto a la legibilidad cuestionada”. Por lo que el motivo en que se funda el recurso de casación resulta desestimado.

2. La STS, Sala I^a, de 16 de octubre de 2024.

En el supuesto sometido al enjuiciamiento del TS la recurrente en casación no alega que la letra de la cláusula cuestionada incumpla los requisitos formales exigidos por la normativa aplicable, sino que se limita a señalar que la estipulación sobre los intereses se presenta en idéntico tipo de letra que el resto de las condiciones y demás clausulado, esto es, en un tamaño de fuente de letra pequeño, de tal manera que la cláusula resulta perfectamente legible a simple vista, sin que conste acreditado que incumpla los expresados requisitos de forma, apreciándose incluso

34 STS, Sala I^a, de 6 de febrero de 2024 (Roj: STS 467/2024 - ECLI:ES:TS:2024:467).

35 STS, Sala I^a, de 16 de octubre de 2024 (Roj: STS 5051/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5051).

36 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.

que se encuentra resaltada mediante un texto subrayado, lo que permitía su plena cognoscibilidad por la contratante.

Sobre la cuestión que nos ocupa, en el F.J segundo de esta Sentencia, arábigo 2, la Sala declara lo siguiente: “1.- La jurisprudencia de esta sala ha configurado el control de incorporación o inclusión fundamentalmente como un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma sea legible y tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal. “2.- La legibilidad de los contratos con consumidores, en relación con el tamaño de la letra empleado en su redacción, viene regulada actualmente en el art. 80.1 b) TRLCU (en redacción dada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero), que impone un tamaño superior a los 2.5 milímetros y un espacio entre líneas superior a los 1.15 milímetros, así como que el contraste con el fondo sea suficiente para no hacer dificultosa la lectura. Previamente, la reforma del mismo precepto por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, había establecido el tamaño mínimo de la letra en 1,5 milímetros”³⁷, precisando que “3.- En cuanto a la alegación relativa a la TAE, no se sabe muy bien si dicha alegación tiene que ver con la acción de nulidad por usura o con la de nulidad de la condición general por falta de incorporación. La recurrente incurre en la contradicción de afirmar que para valorar si el préstamo es usurario hay que partir de que la TAE es del 21%, para afirmar a renglón seguido que la TAE real del préstamo es superior al 21%, sin precisar cuál sería esa TAE “real”³⁸.

37 Además, conviene significar que, con precisa referencia a la aplicación retroactiva de las disposiciones normativas, en el supuesto respecto de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, la STS, Sala Iª, de 14 de diciembre de 2017 (Roj: STS 4308/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4308) tiene declarado que “ha de repararse en que el contrato de préstamo objeto de litigio se celebró con anterioridad a la promulgación del TRLGCU, por lo que no sería aplicable el mencionado art. 85.3, sino la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, de igual contenido que el precepto actual” (F.J cuarto, *in fine*). En este mismo sentido, y respecto del control de transparencia, la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16 (caso Ruxandra Paula Andricuic y otros y Banca Româneasc S.A.) (ECLI:EU:C:2017:703) señala que el momento al que debe referirse su consideración es el de la celebración del contrato.

38 Y es que la reclamante no funda la alegación vertida en su recurso de que la TAE real no es la expresada en la cláusula por la que se disponen los intereses, toda vez que, a juicio de la Sala, no puede considerarse como tal razonamiento la mera reproducción parcial de la cláusula, sin justificar siquiera por qué la fijación de la TAE que se hace en el contrato no se ajusta a la normativa que regula el modo de cálculo de la misma. De tal manera que no queda suficientemente acreditada la existencia de la infracción legal que se invoca, resultando que la pericia aportada por la reclamante ni siquiera aborda esta cuestión, limitándose a exponer información sobre los TEDR medios de las operaciones de crédito similares, información que, por otra parte, resulta disponible a través de las publicaciones oficiales del Banco de España. Al respecto, resulta de interés precisar que, pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español la Directiva UE 2023/2225, de 30 de octubre, en un contrato de crédito al consumo la TAE viene regulada en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, resultando que en el art. 32 de la precitada Ley aparece definido el coste total para el consumidor (TAE) a los efectos de asegurar la comparabilidad de la información relativa a las tasas anuales equivalentes en toda la UE, disponiéndose a tal efecto parámetros armonizados para el cálculo de la TAE. Con precisa referencia al crédito revolvente, la STS, Sala Iª, de 13 de febrero de 2024 (Roj: STS 746/2024 - ECLI:ES:TS:2024:746) analiza los elementos a considerar a los efectos de determinar la TAE en este tipo de créditos. Y la STJUE de 17 de octubre de 2024 C-409/23 (caso Riverty GmbH, sucesora legal de Arvato Finance BV contra MI) (ECLI:EU:C:2024:895) declara que

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Despejadas las dudas acerca del control de incorporación en un contrato de crédito al consumo mediante la doctrina jurisprudencial previamente revisada, quedaba pendiente la revisión de la cuestión relativa al control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios en esta clase de contratos, en comparación con los concertados al amparo de la Orden ETD/699/2020 de 24 de julio³⁹, señaladamente en atención al contenido de su artículo 33 ter (*Información precontractual*, incluido en el Capítulo III bis, intitulado “Normas relativas a los créditos al consumo de duración indefinida”), a los efectos de aclarar si con la información precontractual⁴⁰ y la Información Normalizada Europea sobre el Crédito al Consumo (INE), regulada en el artículo 10 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, se cumplía con las exigencias del control de transparencia con anterioridad a la entrada en vigor de la precitada Orden de 24 de julio de 2020⁴¹.

Así, dando un paso más en la consideración de las cuestiones suscitadas por el crédito *revolving*, el Pleno de la Sala Iª del TS vino a dictar las Sentencias nº 154 y 155, ambas de 30 de enero de 2025⁴², mediante las que se fijan los criterios para considerar la abusividad de la cláusula del contrato de tarjeta de crédito que fija el interés remuneratorio por falta de transparencia, evaluada conjuntamente con las que establecen el sistema de amortización *revolving*. Estas dos Sentencias consolidan la doctrina jurisprudencial previa, a la vez que esclarecen cuestiones esenciales atinentes a la información que debe recibir el consumidor y el momento en que debe serle proporcionada.

Inicialmente, y a modo de premisa para establecer los parámetros de la abusividad por falta de transparencia, la Sala revisa la naturaleza del crédito *revolving* destacando su esencia de crédito al consumo con interés, de duración indefinida o definida y prorrogable de forma automática, otorgado a personas físicas, y en

no se integran en el cálculo de la TAE los intereses de demora, ni los gastos o comisiones derivados del incumplimiento de la obligación de pago, al no estar comprendidos en los conceptos “intereses”, ni “otro tipo de gastos”.

39 Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE núm. 203, de 27 de julio de 2020.

40 Al respecto, cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J.: “La información contractual (y no la precontractual) como elemento decisivo para la transparencia material del crédito *revolving*: jurisprudencia de las Audiencias Provinciales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 49/2024, pp. 1-32.

41 Ofrece un completo análisis de la situación con anterioridad a la última doctrina jurisprudencial que se va a revisar en este apartado MARÍN LÓPEZ, M.J.: “El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito *revolving*”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45/2023.

42 SSTs, Sala Iª, de Pleno, nº 154/2025, de 30 de enero (Roj: STS 242/2025 - ECLI:ES:TS:2025:242) y nº 155/2025, de 30 de enero (Roj: STS 241/2025 - ECLI:ES:TS:2025:241).

cuyo ámbito el consumidor puede disponer hasta el límite del crédito concedido sin tener que abonar la totalidad de lo gastado en un plazo determinado, sino que reembolsa el crédito dispuesto de forma aplazada, mediante el pago de cuotas periódicas cuyo importe puede consistir en una cantidad fija o en un porcentaje de la cantidad utilizada, resultando habitual que la entidad financiera fije, por defecto, una cantidad o un porcentaje bajo, lo que alarga significativamente el plazo de amortización e implica la generación de un elevado importe en concepto de intereses al amortizarse una cantidad no muy elevada de capital en cada cuota. Además, en esta modalidad el crédito se renueva de forma automática al vencimiento de cada cuota (de ordinario, mensual) por lo que se configura como un crédito rotativo o revolving, equiparable a una línea de crédito permanente, sin descuidar que la onerosidad que supone para el consumidor, generada por el riesgo de vincularse a una deuda indefinida, que nunca se termina de pagar, hace imprescindible que el adherente reciba una información clara y precisa sobre tales circunstancias, con un contenido y presentación adecuada a las mismas y en tiempo oportuno⁴³.

Y se declara que, aunque la falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva, en el caso de las tarjetas *revolving* la falta de transparencia de la cláusula relativa a la TAE, valorada junto con las cláusulas relativas al sistema de amortización, el anatocismo y la escasa cuota mensual, no resulta inocua para el consumidor; sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los riesgos significativos que entraña dicho sistema de amortización, no puede comparar la oferta con las de otros sistemas de amortización y se compromete en un contrato que puede desencadenar para él graves consecuencias ya que puede derivar en lo que la Sala conviene en denominar un “deudor cautivo” y, en el mismo sentido, el Banco de España denomina “efecto bola de nieve”.

43 En este sentido, a los efectos de valorar adecuadamente los criterios a fijar sobre la falta de transparencia y consecuente abusividad de la estipulación que determina el interés remuneratorio, se precisa que la información, que debe proporcionarse al consumidor antes de la celebración del contrato, debe exponer de manera transparente por su contenido, forma de expresión y ubicación en el documento, el funcionamiento concreto del mecanismo de recomposición del capital y su influencia en la liquidación de los intereses y en la amortización del capital dispuesto, especialmente en los supuestos de incremento notable del riesgo. Por tanto, es preciso informar acerca de la relación entre la elevada TAE, el mecanismo de recomposición del capital y el resto de las cláusulas con trascendencia en la creación de los riesgos descritos, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se le deriven. Esta información debe permitir al consumidor medio comprender el mecanismo de funcionamiento del producto ofertado, tomar conciencia de los riesgos que se derivan del plazo indefinido o prorrogable automáticamente, el elevado tipo de interés, la recomposición constante del crédito, la escasa amortización del capital en el caso de cuotas bajas, y el anatocismo; y, asimismo, debe permitirle comparar eficazmente las diversas ofertas, lo que precisa que se trate de una información diferenciada sobre las características, los costes y los riesgos de las tres modalidades de financiación que por lo general son electivas, por más que en muchos casos se aplique, por defecto, la modalidad *revolving*, toda vez que la diferencia entre la modalidad *revolving* y la modalidad de pago aplazado a fin de mes, sin intereses, puede resultar inteligible, pero no lo es tanto la disparidad entre la modalidad de pago aplazado, que es en realidad un préstamo al consumo, parecido a la compra a plazos, y la modalidad que presenta el crédito revolving.

I. La STS, Sala I^a, nº 154, de 30 de enero de 2025. Supuesto de hecho.

En esta resolución el Alto Tribunal analiza un contrato suscrito con Oney Servicios Financieros EFC S.A.U, al que se acompaña el documento “Información Normalizada Europea”.

La adherente plantea demanda de juicio declarativo ordinario en la que se interesa que se reputé usurario, y por lo tanto nulo el contrato, con los efectos determinados por el art. 3 Ley de Represión de la Usura de 1908, que se fijarán en ejecución de Sentencia y se condene a los intereses legales, desde la fecha de los pagos, bien de forma subsidiaria desde la reclamación previa, o desde la presentación de la demanda, además de las costas del procedimiento. Subsidiariamente, se declare la nulidad de las cláusulas relativas a los intereses ordinarios, y de la comisión por impago de recibo establecida en el contrato y se condene a la demandada a reintegrar a la consumidora dichas cantidades, que se fijarán en ejecución de Sentencia, asimismo a los intereses legales, desde la fecha de los pagos, o de forma subsidiaria desde la reclamación previa, o bien desde la presentación de la demanda, además de las costas del procedimiento.

La sentencia de instancia, estimatoria en su integridad de las pretensiones de la demanda⁴⁴, resultó recurrida en apelación por la representación de Oney Servicios Financieros EFC S.A.U, en lo relativo a la declaración de nulidad de la cláusula que establecía el interés remuneratorio, oponiéndose la consumidora al recurso, cuya resolución en apelación correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictando sentencia estimatoria del recurso por la que se revoca la recaída en la instancia, con fundamento esencial en que “(...) la contratación de la tarjeta de crédito se hizo fuera del establecimiento pero proporcionando al futuro cliente un ejemplar de la información normalizada europea y del condicionado general, en espera de hacerle llegar la tarjeta mediante la cual podría operar de acuerdo con la disciplina contractual antes mentada, de manera que debe reputarse probado que este dispuso anticipadamente de la ambos documentos y pudo examinar una y otras con el detalle y el tiempo que estimó necesarios antes de proceder al primer uso; es más la información normalizada incluye ejemplos prácticos sobre el importe de los intereses en función de todas las hipótesis que

44 La sentencia de primera instancia desestimó la petición principal, relativa al carácter usurario del crédito, pues el interés medio anual aplicable a operaciones similares cuando se concertó el contrato era de un 19,98% y la TAE de la modalidad revolving del contrato concertado era del 21,84%. Al resolver la petición subsidiaria, la sentencia de instancia declaró la nulidad de la cláusula relativa al interés remuneratorio, que estimó que no cumplía la exigencia de transparencia “dado que las características de la misma y la redacción del clausulado general del contrato suscrito entre las partes no cumplen con los requisitos de transparencia exigidos por la ley y la jurisprudencia para que el consumidor pueda tener conocimiento real y veraz de las consecuencias del contrato que suscribe, no habiendo resultado probada la exhaustiva labor de información que debe llevar a cabo la parte actora al contratar con consumidores, máxime cuando el contrato se suscribió fuera del establecimiento mercantil” Y declaró asimismo la nulidad de la cláusula que establece la comisión por impago de recibo por ser abusiva, pronunciamiento que fue consentido por la entidad financiera.

admite el contrato [(...)" y en que (...) la cláusula que fija los intereses remuneratorios supera ese control de inclusión y también el de transparencia formal porque es de fácil lectura y comprensión para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (concepto empleado reiteradamente en su jurisprudencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), de modo que permite formarse una idea precisa de su contenido y efectos para valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (...).

La consumidora interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, centrando el motivo del primero al "amparo del art. 469.I.4.º LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE. Error en la valoración de la prueba. Sobre el tiempo entre la contratación y el comienzo del uso de la tarjeta y el contenido de las simulaciones que contiene la información normalizada europea (INE)". En tanto que los motivos del recurso de casación fueron infracción (i) de los arts. 60.I y 80.I del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y del art. 10.I y 2 de la Ley 16/2011 en relación con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril y de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la importancia de la información precontractual en el control de transparencia de la cláusulas relativas a elementos esenciales de las condiciones generales en contratos concertados con consumidores y, (ii) de los arts. 82.I del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa al juicio sobre el desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe que debe realizarse respecto de las cláusulas que definen de forma no transparente el objeto principal del contrato".

La Sala Iª del TS acoge el recurso extraordinario por infracción procesal, casando la sentencia de la AP de Oviedo que se anula y, en su lugar, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera contra la sentencia recaída en la instancia.

2. La STS, Sala Iª, n° 155, de 30 de enero de 2025. Supuesto de hecho.

En esta Sentencia la Sala revisa un contrato suscrito inicialmente con SPYMP, mediante la modalidad *online*.

La consumidora plantea demanda de juicio declarativo ordinario interesando que se declare que el contrato de tarjeta *revolving* suscrito es nulo por contener interés usurario y se condene a la demandada a fin de que reintegre las cantidades abonadas durante la vida del crédito que excedan a la cantidad de capital dispuesto en fecha de ejecución de sentencia, junto con los intereses legales desde el momento en que se pagaron indebidamente las cantidades conforme

al artículo 1.303 del Código Civil. Subsidiariamente, que se declare nula, por abusividad y falta de transparencia, la cláusula de intereses remuneratorios del citado contrato y se condene a la demandada a fin de que deje de aplicar dicha cláusula y devuelva cantidades percibidas indebidamente desde el inicio del contrato como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado, cuantía que se determinará en ejecución de sentencia, todo ello con el interés legal de las cantidades indebidamente abonadas desde el momento de cada cobro y hasta su completa satisfacción, así como de las cantidades que pudiera percibir en exceso durante el procedimiento como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, y abono de las costas procesales.

El juzgado de instancia desestimó la demanda en relación con la solicitud declarativa de nulidad por usura, si bien acoge la pretensión de nulidad por abusiva de la cláusula de interés remuneratorio por falta de transparencia.

La entidad financiera interpone recurso de apelación y, al resolver la alzada, la Sección 28ª de la AP de Madrid estima el recurso, revocando la Sentencia de instancia y absolviendo a la demandada. La sentencia de apelación concluye que la documentación con las condiciones generales y particulares del contrato le fue entregada a la parte demandante y que las cláusulas resultan legibles, por lo que considera superado el control de incorporación. Y respecto del control de transparencia razona que no resulta controvertido que nos hallamos “ante un producto contratado consistente en una tarjeta de crédito *revolving* (...) siendo criterio de la Sala “que la documentación del contrato permitía al consumidor medio conocer cuál era la carga económica que iba a representar su obligación de restituir el importe dispuesto, de un modo aplazado, con sus intereses (a un tipo concreto reseñado). Por lo tanto, en el contrato se indicaba el TAE de la operación, como también el importe que se iba a utilizar para la cuota mensual. Se ofrecía con todo ello al consumidor que iba a suscribirlo la información de que no solo tendría que afrontar el pago de la compra o disposición dineraria que, por designio de su propia voluntad, efectuase por medio de la tarjeta, sino que el aplazamiento en el cobro que iba a obtener fraccionando el pago en cuotas iba también a suponer que tuviese que soportar además el pago de intereses remuneratorios, cuyo tipo aparece allí especificado y cuyo modo de cálculo se explicaba en el clausulado”. Por lo que no se advierte “óbice alguno a la transparencia en lo que atañe al interés remuneratorio aplicable en esta operación y por lo tanto no se abre la puerta al control de su eventual abusividad”.

Interpuesto recurso de casación por la consumidora, con fundamento en la infracción de los arts. 80.I, 82 y 83 TRLDU, 5.5 y 7.B LCGC y los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, así como la jurisprudencia que los interpreta, la Sala

estima el motivo, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera contra la sentencia de instancia.

3. Valoración general.

El TS argumenta ambas resoluciones con precisa revisión de la legislación nacional y comunitaria y la jurisprudencial del TJUE en materia de consumo y atendiendo a si la cláusula que dispone el tipo porcentual del interés remuneratorio en ambos recursos, considerado conjuntamente con las cláusulas que regulan el sistema de pago al que va ligado esa TAE, es transparente en el sentido de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 y, caso de no serlo, si es abusiva. Y, con carácter general, en las dos Sentencias declara (i) que resulta preciso valorar conjuntamente las estipulaciones relativas a los intereses remuneratorios y al sistema de amortización *revolving*, y que (ii) la información documentada, de obligatorio suministro al consumidor antes de la celebración del contrato, debe expresar cuál es la cuota mensual (concretada en una cantidad determinada, o en un porcentaje de la cantidad dispuesta), la duración del contrato, y los supuestos en que el interés se devengará no sólo respecto del capital dispuesto sino también respecto del total de la cantidad adeudada, incluidos intereses, comisiones e indemnizaciones devengadas, debiendo asimismo contener ejemplos adecuados tanto para hacer inteligibles los riesgos del sistema como para permitir la comparación con otras modalidades de amortización o con las ofertas de otras entidades financieras. Además, la Sala concluye que la señalada falta de transparencia, unida al anatocismo y a la escasa cuota mensual, provoca en el consumidor un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, lo que irremediamente conduce a la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a los intereses remuneratorios y sistema de pago *revolving*⁴⁵.

45 Precisa la Sala que en la sentencia de 4 de marzo de 2020 se mencionaron algunos de los riesgos que presenta este tipo de crédito, al declarar que: "Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio". E igualmente se significa que: "El Banco de España también ha hecho referencia a las consecuencias financieras que puede tener esta peculiaridad del crédito *revolving*, que puede dar lugar a lo que dicho organismo califica como «efecto de bola de nieve», que es el riesgo de encadenarse a una deuda indefinida, que nunca se termina de pagar", precisando que, en todo caso: "Estas consecuencias negativas para el consumidor pueden producirse por la conjunción de varios factores: el carácter indefinido o prorrogable automáticamente del crédito; el límite del crédito se va recomponiendo constantemente; el elevado tipo de interés; la escasa cuantía de las cuotas, bien porque han sido establecidas por defecto en el contrato, bien porque han sido elegidas por el consumidor por el atractivo de ser asumibles en el corto plazo pero que van acrecentando un problema que se hará cada vez más serio a largo plazo pues suponen que se amortice muy poco capital; y, en su caso, el anatocismo en caso de impago de alguna cuota, comisión o indemnización de modo que el interés de demora se calcula sobre la totalidad de la cantidad adeudada, incluyendo capital, intereses, indemnizaciones y comisiones. En consecuencia, es preciso que el consumidor reciba una información sobre estas características y estos riesgos, con un contenido y presentación adecuada y en el momento oportuno".

En consecuencia, resulta que la información proporcionada al consumidor, debe exponer, de manera transparente por su contenido, forma de expresión y ubicación en el documento, el funcionamiento concreto del mecanismo de recomposición del capital y su influencia en la liquidación de los intereses y en la amortización del capital dispuesto, especialmente en los supuestos de incremento notable del riesgo, ya indicados: cuando la cuota periódica de pago no es elevada pero sí lo es el tipo de interés; y cuando se produce un impago y la capitalización de los intereses y las comisiones devengadas prolonga indefinidamente el pago de la deuda porque las cuotas periódicas, que por defecto se fijan en una cuantía mínima, apenas amortizan capital. Debe informarse, por tanto, de la relación entre la elevada TAE, el mecanismo de recomposición del capital y las demás cláusulas con trascendencia en la creación de los riesgos descritos, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él⁴⁶.

Por tanto, la información debe permitir al consumidor medio comprender el producto ofertado, tomar conciencia de los riesgos que se derivan del plazo indefinido o prorrogable automáticamente, el elevado tipo de interés, la recomposición constante del crédito, la escasa amortización del capital en el caso de cuotas bajas, y el anatocismo; y, asimismo, debe permitirle comparar las diversas ofertas, tal como exige el art. 10 de la Ley de contratos de crédito al consumo, pues para optar responsablemente por una u otra modalidad de amortización resulta preciso su comprensión previa⁴⁷.

Como ya anticipé, en las Sentencias revisadas la Sala también repasa los requisitos que debe cumplir la información que debe facilitarse al consumidor en un contrato de crédito *revolving*, respecto de los dos celebrados en 2018 y 2014 y que son objeto de los respectivos recursos, y lo hace de manera independiente a la fecha de su celebración, prestando especial atención al dato de que esos requisitos en la actualidad aparecen contenidos en la Orden de 24 de julio de 2020, por la que

46 En concreto, en lo que respecta al anatocismo, la Sala señala que constituye una previsión contractual lícita, pero excepcional y con efectos significativamente gravosos para el consumidor, que requiere, por tanto, información clara al consumidor y que la redacción de la cláusula sea inteligible para el consumidor medio, como requisito para que pueda ser considerada transparente.

47 En este sentido el Alto Tribunal precisa que para cumplir tales exigencias no es suficiente que la información contenga la mera referencia a la TAE pues, en términos comprensibles para el consumidor medio, la información debe indicar que el sistema de amortización es del tipo *revolving*; debe establecer cuál es la cuota mensual, concretada bien en una cantidad determinada, o en un porcentaje de la cantidad dispuesta; debe establecer la duración del contrato; debe indicar si, y en qué casos, el interés se devengará no solo respecto del capital dispuesto sino también respecto del total de la cantidad adeudada, incluyendo intereses, comisiones e indemnizaciones devengadas; y debe contener unos ejemplos adecuados tanto para comprender los riesgos del sistema como para permitir la comparación con otras modalidades de amortización o con las ofertas de otras entidades financieras. Es preciso, pues que la información incida sobre la forma en que esa elevada TAE opera en la propia economía del contrato, dadas las particularidades del sistema de amortización y demás cláusulas a que se ha hecho referencia. Y debe hacerlo de manera clara y comprensible, y no de forma dispersa en un extenso documento y en términos poco expresivos de los riesgos del sistema de amortización *revolving*, como es el caso objeto de este recurso.

se regula el crédito *revolving* (que modifica la Orden de 28 de octubre de 2011), a la que ya hice referencia. Desde la anterior consideración, para el TS en ambos recursos resueltos resulta que, con la información contenida en el contrato y en la ficha INE, un consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, no es capaz de tomar conciencia de la naturaleza y consecuencias del mecanismo de amortización *revolving*, de los elevados costes que pueden suponerle y de los riesgos de terminar siendo un “deudor cautivo” que tal sistema puede implicar. Es por lo que se concluye que la cláusula relativa al interés del crédito, considerada conjuntamente con el resto de las cláusulas del contrato y, más concretamente, las relativas al sistema de amortización *revolving*, no es transparente y, por ende, resulta abusiva.

V. PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA DE LAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE INTERÉS REMUNERATORIO TRAS LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN CRÉDITO *REVOLVING*, POR USUARIO O POR RESULTAR LA ESTIPULACIÓN RELATIVA A LOS MISMOS ABUSIVA POR FALTA DE TRANSPARENCIA. LA STS, SALA I^a, N° 350/2025, DE 5 DE MARZO.

Despejada jurisprudencialmente la cuestión acerca de la determinación del *dies a quo* a considerar para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución, una vez declarada la nulidad de una cláusula abusiva, en relación con los gastos derivados de un préstamo garantizado con hipoteca, a través de la STS, Sala I^a, de 14 de junio de 2024⁴⁸, dictada en aplicación de la doctrina de la STJUE de 25 de abril de 2024 C- 561/2021 (caso GP, BG y Banco Santander, S.A)⁴⁹, quedaba pendiente de abordar la atinente a la prescripción de la acción de restitución de las cantidades abonadas en concepto de interés remuneratorio tras

48 STS, Sala I^a, de 14 de junio de 2024 (Roj: STS 3076/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3076). En el F.J octavo de esta resolución, que contiene la decisión de la Sala sobre el recurso de casación planteado, se declara lo siguiente: “1.- En la fecha en que se celebró el contrato litigioso, el art. 1964 CC establecía un plazo de prescripción de quince años para las acciones de esta naturaleza, si bien la Ley 42/2015, de 5 de octubre, redujo ese plazo a cinco años (sobre el régimen transitorio de esa reforma, sentencia 29/2020, de 20 de enero). 2.- Al no haber probado la parte demandada que los consumidores tuvieran conocimiento de la abusividad de la cláusula de gastos antes de la firmeza de la sentencia que declaró su nulidad, no cabe considerar que la acción de restitución estuviera prescrita (de hecho, ni siquiera había comenzado el cómputo del plazo)”. Por otra parte, diversamente a lo que parte de la doctrina dedujo tras la STJUE de 25 de abril de 2024, el Alto Tribunal precisa que el inicio del plazo de prescripción no será en todo caso desde que hubiera recaído sentencia firme, sino que, de conformidad con lo ya manifestado por el Tribunal de Luxemburgo en Sentencia de 25 de abril de 2024, la entidad bancaria o financiera podrá acreditar que, en el marco de sus relaciones contractuales el específico consumidor pudo conocer en una fecha anterior al dictado de la sentencia que esa estipulación comprensiva de la cláusula de gastos era abusiva; en este sentido se señala: “4.- En consecuencia, salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, ese concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos” (F.J séptimo).

49 STJUE de 25 de abril de 2024 C- 561/2021 (caso GP, BG y Banco Santander, S.A (ECLI ECLI:EU:C:2024:362), comentada por MARÍN LÓPEZ, M.J: “Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos”, *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 50/2024, pp-I-137.

la declaración de nulidad de un crédito *revolving*, bien por usurario o por resultar la estipulación relativa a los mismos abusiva por falta de transparencia. Y es que, como es sabido, decretada la nulidad de un crédito *revolving*, de ordinario por su carácter usurario, al prestatario le asiste el derecho de reclamar los intereses remuneratorios abonados.

La STS, Sala I^a, de 5 de marzo de 2025 (Roj: STS 836/2025 - ECLI:ES:TS:2025:836)⁵⁰, por vez primera fija doctrina jurisprudencial sobre la prescriptibilidad de la acción restitutoria de los intereses remuneratorios y el inicio del plazo de prescripción, en un contrato de crédito *revolving*, cuando por aplicación de la Ley de Usura, resulta declarado nulo por tener estipulado interés remuneratorio notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado.

Inicialmente resulta de interés insistir en que, en relación con la prescripción, es preciso diferenciar entre la acción declarativa de la nulidad del préstamo y la acción de restitución de las cantidades abonadas en concepto de intereses remuneratorios, cuyo pago deviene indebido tras la declaración de nulidad y, por consiguiente, resulta reclamable. En este sentido es esencial considerar que, desde un punto de vista técnico, no resulta debatible que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible y tampoco caduca, según declara unánimemente la doctrina científica⁵¹ y la jurisprudencia⁵²; si bien no resulta incontrovertido determinar si la acción de restitución de cantidades es o no prescriptible, señalando, en mi opinión de manera atinada, la doctrina científica más autorizada que sí lo es, con fundamento razonado, entre otros argumentos, en que no siempre la nulidad provoca la restitución de las prestaciones ejecutadas ni tampoco resulta que la restitución de cantidades tras la nulidad contractual puede decretarla de oficio el juez, si no ha sido solicitado por las partes (y ello por encontrarse siempre vinculado el juzgador al principio de congruencia)⁵³.

50 STS, Sala I^a, de 5 de marzo de 2025 (Roj: STS 836/2025 - ECLI:ES:TS:2025:836).

51 Cfr., por todos, MARÍN LÓPEZ, M.J.: “La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito *revolving* usuario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 38/2021, p.3, y los que este autor cita.

52 Cfr., por todas, STS, Sala I^a, de 6 de febrero de 2020 (Roj: STS 311/2020 - ECLI:ES:TS:2020:311) y las que ésta cita.

53 Es de destacar que sobre esta cuestión el TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones, sentando doctrina sobre la prescriptibilidad de la acción restitutoria y la imprescriptibilidad de la nulidad de la cláusula predispuesta, y aclarando que resulta compatible esa diferente regulación siempre que se contemple por el ordenamiento jurídico nacional, aunque sea derivado de una interpretación jurisprudencial. Así, como más reciente, a través de su Sentencia de 13 de marzo de 2025, en el asunto C-230/2024 (asunto MF vs. Banco Santander, S.A) (ECLI: EU:C:2025:177), el TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1^a Instancia número 8 de La Coruña, que cuestionó al Tribunal si: “¿Contraviene la Directiva [93/13] y el principio de equivalencia aplicar la posibilidad de disociar nulidad por abusividad y efectos restitutorios, manteniendo la imprescriptibilidad de la nulidad y al tiempo la prescriptibilidad de la acción restitutoria, cuando en el ordenamiento interno español no hay norma alguna, ni doctrina jurisprudencial que lo aplique a otras relaciones jurídicas?”. A lo que el TJUE responde que: “Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el principio de equivalencia deben interpretarse en el sentido de que no

Como ya anticipé, hasta la Sentencia de 5 de marzo de 2025 el TS no se había pronunciado sobre la prescriptibilidad de la acción restitutoria del interés remuneratorio tras declararse nulo un contrato de crédito *revolving*, por infringir la Ley de represión de la usura y, en su caso, acerca de la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción. En la resolución ahora revisada la Sala distingue entre la acción por la que se solicita la nulidad del contrato, que no está sujeta a caducidad ni prescripción, por tratarse de una nulidad absoluta, y la acción de restitución de las cosas y el precio entregados recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo, que sí lo está. Precisa, asimismo, que la diferente redacción del art. 3 LRU y del art. 1303 del Código Civil no impide que también en el caso de la usura deba distinguirse entre la acción de nulidad y la acción de restitución, y que la acción de restitución se encuentre sometida a la regla general de la prescriptibilidad de las acciones. Por cuanto se refiere a la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución, el Alto Tribunal considera que al supuesto sometido a su enjuiciamiento no le resulta aplicable la doctrina sentada por el TJUE. Y considera de aplicación de la regla general del art. 1969 CC al referirse a un préstamo o crédito declarado usurario por tener estipulado un interés notablemente superior al normal del dinero y manifestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. De manera que al acreditado le asiste la posibilidad de ejercitar acción para reclamar lo pagado que exceda del capital prestado en los cinco años anteriores a la formulación de la reclamación extrajudicial o a la interposición de la demanda, si bien en este supuesto dicho plazo debe ampliarse en 82 días como consecuencia de la suspensión de los plazos de prescripción acordada en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Conviene subrayar que la STS de 5 de marzo de 2025 no revisa un supuesto derivado de una cláusula predispuesta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sino que analiza un contrato basado en una línea de crédito al consumo, concretamente, una tarjeta *revolving*, con las particularidades propias de este producto financiero, por otra parte ya revisadas en este trabajo. En consecuencia, se concluye que en un crédito revolvente la acción de restitución del exceso abonado respecto del capital objeto del préstamo o crédito no nace cuando se celebra el contrato sino cuando se verifica el pago de la cantidad cuya restitución se solicita y, además, respecto de cada pago mensual, por lo que es a partir de cada uno de esos abonos cuando el titular de la tarjeta puede ejercitar, junto con la acción de nulidad por usura, la acción de restitución de lo pagado

se oponen a una norma o una doctrina jurisprudencial nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que el ordenamiento jurídico nacional contemple, en ámbitos diferentes de los cubiertos por la Directiva 93/13, acciones basadas en los efectos de una declaración de nulidad que sean semejantes, desde el punto de vista de su objeto, su causa y sus elementos esenciales, a la acción dirigida a hacer valer tales efectos restitutorios y que estén sometidas a un plazo de prescripción comparable al que se aplica a esta última acción”.

en exceso respecto del capital dispuesto. En todo caso, y aunque esta Sentencia enjuicia un supuesto de declaración de nulidad por usura, la consecuencia expuesta por la Sala debe resultar; asimismo, aplicable al supuesto de declaración de nulidad por abusividad de la estipulación relativa a los intereses remuneratorios por falta de transparencia, y ello por motivos de seguridad jurídica (art. 9.3 CE⁵⁴), al resultar incompatible con este principio el establecimiento de dos criterios diferenciados respecto de un mismo supuesto fáctico al tiempo de determinar el *dies a quo* del cómputo de la acción de restitución de los intereses remuneratorios indebidamente abonados en un contrato de crédito *revolving*, en atención a que se enjuicie la nulidad del contrato a la luz de la Ley de Usura, o bien se declare abusiva la cláusula que determina el interés remuneratorio por no superar el control de transparencia⁵⁵.

54 En efecto, el principio de seguridad jurídica consta declarado en el art. 9.3 CE, que establece que la Constitución garantiza la seguridad jurídica. Este principio se refiere a la necesidad de que el ordenamiento jurídico sea claro, estable y predecible, permitiendo a los ciudadanos conocer sus derechos y deberes, y a los poderes públicos actuar de forma coherente y responsable.

55 En este sentido la ya referida STJUE 13 de marzo de 2025, en el asunto C-230/2024 (caso MF vs. Banco Santander, S.A) (ECLI: EU:C:2025:177), con cita de otra previa, declara que “no obstante, por una parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, EU:C:2021:313, apartado 57)”.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTÍZ, A: "Evolución jurisprudencial en materia de usura de las tarjetas de crédito revolving", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVI, 2023, fasc. IV (octubre-diciembre).

CARRASCO PERERA, A., Y CORDÓN MORENO, F: "Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving. La superación de la jurisprudencia "sygma mediatis", Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

CARRASCO PERERA, A. Y AGÜERO ORTÍZ, A: "Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. "Sygma mediatis": un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio", *Usura con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Aranzadi, Madrid, 2025.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C: "Doctrina legal sobre el crédito revolving. Comentario a la STS, Sala Iª, 149/2020, de 4 de marzo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020.

CELDRÁN, J.M: "Cambio de criterio del TS en los intereses usurarios de tarjetas revolving", *elderecho.com*, Ed. Lefebvre, Tribuna, 1 de marzo de 2023.

CUADRADO SOLER, J: "Las tarjetas revolving: ¿caso resuelto?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794.

ENRICH GUILLÉN, D. Y ARANDA JURADO, M: "Los créditos revolving y los intereses usurarios", Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F: "La usura. Evolución histórica y patología de los intereses", Dykinson. Madrid, 2010.

MARÍN LÓPEZ, M.J: "La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito revolving usuario", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 38/2021.

- "El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito revolving", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45/2023.
- "La información contractual (y no la precontractual) como elemento decisivo para la transparencia material del crédito revolving: jurisprudencia de las Audiencias Provinciales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 49/2024.

- “Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de *restitución de gastos hipotecarios* se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos”, *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 50/2024.
- “Una TAE del 26% en un crédito *revolving* está dentro del interés normal del dinero y un TAE más elevada sólo es usuraria si es notablemente superior a esa cifra”, *Usura con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Aranzadi, Madrid, 2025.

MARTÍNEZ DÍAZ, J: “Donde dije usura, digo mercado: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (pleno) 258/2023 de 15 de febrero”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45/2023.

REINHART SCHULLER, R: “Comentario a la nueva STC (367/2022 de 4 de mayo) en materia de créditos *revolving*”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 42/2022.

SÁEZ DE JUBERA HIGUERO, B: “Créditos *revolving*: usura y transparencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, julio-agosto 2021.

SÁNCHEZ GARCÍA J: “El bazar jurisprudencial de las tarjetas *revolving*”, *Diario La Ley*, nº 9638, Sección Tribuna, 22 de mayo de 2020.

- “Estado actual de la aplicación de la Ley de Usura al crédito *revolving* conforme a la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS”, *Derecho al Consumo y correcto funcionamiento de los mercados* (dir. Francisco Javier Orduña Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16 (caso Ruxandra Paula Andriuc y otros y Banca Românească S.A.) (ECLI:EU:C:2017:703).

STJUE de 25 de abril de 2024 C- 561/2021 (caso GP, BG y Banco Santander, S.A (ECLI ECLI:EU:C:2024:362).

STJUE de 17 de octubre de 2024 C-409/23 (caso Riverty GmbH, sucesora legal de Arvato Finance BV contra MI) (ECLI:EU:C:2024:895).

STJUE 13 de marzo de 2025, en el C-230/2024 (caso MF vs. Banco Santander, S.A) (ECLI: EU:C:2025:177).

Tribunal Supremo.

STS, Sala Iª, de 25 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4810/2015-ECLI:ES:TS:2015:4810).

la STS, Sala Iª, de 14 de diciembre de 2017 (Roj: STS 4308/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4308).

STS, Sala Iª, de 4 de marzo de 2020 (Roj: STS 600/2020- ECLI:ES:TS:2020:600).

STS, Sala Iª, de 4 de mayo de 2022 (Roj: STS 1763/2022-ECLI:ES:TS:2022:1763).

STS, Sala Iª, de 4 de octubre de 2022 (Roj STS 3503/2022-ECLI:ES:TS:2022:3503).

STS, Sala Iª, de 15 de febrero de 2023 (Roj: STS 442/2023-ECLI:ES:TS:2023:442).

STS, Sala Iª, de 28 de febrero de 2023 (Roj: STS 786/2023-ECLI:ES:TS:2023:786).

STS, Sala Iª, de 6 de octubre de 2023 (Roj: STS 4409/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4409).

STS, Sala Iª, de 27 de octubre de 2023 (Roj: STS 4532/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4532).

STS, Sala Iª, de 29 de noviembre de 2023 (Roj: STS 5302/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5302).

STS, Sala I^a, de 5 de diciembre de 2023 (Roj: STS 5478/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5478).

STS, Sala I^a, de 10 de enero de 2024 (Roj: STS 66/2024 - ECLI:ES:TS:2024:66).

STS, Sala I^a, de 6 de febrero de 2024 (Roj: STS 467/2024 - ECLI:ES:TS:2024:467).

STS, Sala I^a, de 13 de febrero de 2024 (Roj: STS 746/2024 - ECLI:ES:TS:2024:746).

STS, Sala I^a, de 21 de febrero de 2024 (Roj: STS 833/2024 - ECLI:ES:TS:2024:833).

STS, Sala I^a, de 22 de febrero de 2024 (Roj: STS 834/2024 - ECLI:ES:TS:2024:834).

STS, Sala I^a, de 14 de junio de 2024 (Roj: STS 3076/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3076).

STS, Sala I^a, de 16 de octubre de 2024 ((Roj: STS 5051/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5051).

STS, Sala I^a, de Pleno, n° 154/2025, de 30 de enero (Roj: STS 242/2025 - ECLI:ES:TS:2025:242).

STS, Sala I^a, de Pleno, n° 155/2025, de 30 de enero (Roj: STS 241/2025 - ECLI:ES:TS:2025:241).

STS, Sala I^a, de 5 de marzo de 2025 (Roj: STS 836/2025 - ECLI:ES:TS:2025:836).

Audiencias provinciales.

Auto de 11 de junio de 2024, AP Málaga, Sección 6^a (Roj: AAP MA 1/2024- ECLI:ES:APMA:2024:1^a).

SAP de Valencia, Sección 6^a, de 22 de julio de 2024 (Roj: SAP V 1613/2024 - ECLI:ES:APV:2024:1613).

Juzgados unipersonales.

Auto JPI n° 4 Castellón, de 7 de mayo de 2021 (Roj: AJPI 43/2021 - ECLI:ES:JPI:2021:43A).

EL CONSUMIDOR VULNERABLE Y SUS SISTEMAS DE
APOYO EN LA CONTRATACIÓN

*VULNERABLE CONSUMERS AND SUPPORT SYSTEMS WHEN
ENTERING INTO CONTRACTS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 404-437

Jon ATXUTEGI
GUTIÉRREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: Este trabajo analiza la figura del consumidor vulnerable, especialmente aquel que requiere apoyo para contratar por razón de discapacidad. A pesar de los avances legislativos recientes, persisten, a día de hoy, importantes vacíos en el Derecho de consumo que impiden una protección real y eficaz. Se subraya la necesidad de adaptar el deber de información, ampliar el plazo de desistimiento y reconocer la legitimación de los prestadores de apoyo. Asimismo, se aboga por sistemas extrajudiciales accesibles como el arbitraje de consumo obligatorio. El objetivo es garantizar una contratación segura y equitativa para todas las personas, en especial las más vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Consumidor vulnerable; discapacidad; medidas de apoyo; desistimiento.

ABSTRACT: *This paper analyzes the figure of the vulnerable consumer, especially those who require support to enter into contracts due to a disability. Despite recent legislative advances, significant gaps still persist in consumer law today, preventing real and effective protection. The need to adapt the duty of information, extend the withdrawal period, and recognize the standing of support providers is emphasized. Likewise, the use of accessible extrajudicial systems, such as mandatory consumer arbitration, is advocated. The goal is to ensure safe and fair contracting for all individuals, especially the most vulnerable.*

KEY WORDS: *vulnerable consumer; disability; support systems; withdrawal.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONSUMIDOR VULNERABLE Y SU CAPACIDAD PARA LA CONTRATACIÓN.- I. Consumidor y consumidor vulnerable.- 2. La capacidad del consumidor vulnerable que precisa de apoyo a la hora de contratar.- III. PREVISIONES LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR VULNERABLE EN LA CONTRATACIÓN.- I. El deber de información.- 2. El derecho de desistimiento.- IV. LAS MEDIDAS DE APOYO DEL CONSUMIDOR VULNERABLE CON DISCAPACIDAD: PARADIGMA ACTUAL.- I. Consideraciones previas.- 2. Las medidas de apoyo sin facultades representativas en el régimen de anulabilidad del Código civil (arts. 1301 y 1302).- 3. Las medidas de apoyo sin facultades representativas en el desistimiento unilateral del ámbito de consumo.- 4. Las medidas de apoyo ante la solución extrajudicial de conflictos.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN¹.

Según los datos facilitados por el Real Patronato sobre Discapacidad, en España hay 4,38 millones de personas con discapacidad (últimos datos del Instituto Nacional de Estadística 2020)². Probablemente el número será más alto, habida cuenta de que la heterogeneidad de la discapacidad implica, en muchas ocasiones, su no reconocimiento o diagnóstico. De hecho, el recientemente aprobado Anteproyecto de reforma de las leyes de dependencia y discapacidad prevé reconocer, de forma automática, a toda persona dependiente -el sistema de dependencia atiende a más de 1.6 millones de personas- una discapacidad de, al menos, un 33%. No hay duda: los números de la discapacidad van en aumento.

Las personas con discapacidad, no obstante, también son agentes económicos que consumen y contratan: son consumidores. Es cierto que, al tener una discapacidad, pueden cobijar una mayor vulnerabilidad, y, por tanto, merecer mayor protección jurídica. De hecho, con una visión atinada, la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica³, ha venido a modificar y actualizar el articulado del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre⁴). Entre sus adiciones más importantes se encuentra, precisamente, la previsión de la figura

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) "Persona, familia y patrimonio", del que es Investigador Principal el Dr. GALICIA AIZPURUA.

2 Datos obtenidos de: <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/discapacidad-derechos-humanos/enfoque.htm>.

3 Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/BOE-A-2022-3198-consolidado.pdf>.

4 Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>.

• Jon Atxutegi Gutiérrez

Profesor adjunto de Derecho civil de la UPV/EHU. Investigador del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC IT1445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpurua. Presidente de Colegio Arbitral de la Junta Arbitral de Consumo de Euskadi y profesor del Máster Universitario en Abogacía y Procura. Correo electrónico: jon.atxutegi@ehu.eus.

del consumidor vulnerable. Con esta nueva incorporación, la normativa estatal se adapta a las observaciones europeas, tanto del Parlamento Europeo (Resolución de 22 de mayo de 2012 sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables⁵), como del Consejo (Reglamento 254/2014, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020⁶ -actualmente derogado-).

¿Resulta suficiente la mera incorporación normativa de la figura del consumidor vulnerable en el contexto social, económico y jurídico actual? Tratándose de una categoría que abarca a un grupo tan heterogéneo de personas ¿estamos, a día de hoy, en posición de afirmar que, con dicha incorporación, se ha visto aumentada su protección ante prácticas jurídicas abusivas? ¿Se alinean, estas nuevas adiciones, con las reformas operadas, por la Ley 8/2021, en materia de capacidad jurídica y discapacidad? ¿Cuál es, entonces, la posición de las nuevas medidas de apoyo en el Derecho de consumo? ¿Cómo puede dispensársele una adecuada protección jurídica a la persona con discapacidad que, a su vez, es consumidora vulnerable? Ha emergido la oportunidad de examinar cuáles son los instrumentos que se ponen a disposición del consumidor vulnerable para materializar ese amparo cualificado que establece la normativa de consumo actual; y, a su vez, contrastar su uso con las medidas de apoyo asignadas a las personas con discapacidad.

II. EL CONSUMIDOR VULNERABLE Y SU CAPACIDAD PARA LA CONTRATACIÓN.

En las relaciones de consumo, no todas las personas parten de la misma posición ni cuentan con los mismos recursos para proteger sus intereses. Existen colectivos especialmente expuestos a situaciones de abuso o desprotección, no sólo por las limitaciones económicas o sociales que tienen las personas que los integran, sino también por las dificultades de éstas para comprender y gestionar, adecuadamente, los compromisos que asumen al contratar. Esta última vulnerabilidad -relacionada con la propia capacidad para contratar- se agrava, aún más, cuando se carece de una red de apoyos o de mecanismos que acompañen las decisiones a adoptar. En tales casos, la fragilidad aumenta con la contratación en entornos digitales, donde las operaciones son inmediatas y escasamente supervisadas. En este contexto, a pesar de que la protección de las personas consumidoras se erige como un principio esencial en el Derecho de consumo, aún persisten carencias legales a la hora de garantizar el amparo de ciertos colectivos en situación de especial vulnerabilidad. Nos adentraremos en el análisis de dichos vacíos, no sin antes delimitar los criterios por los que un sujeto pueda ser considerado consumidor o, de darse el caso, consumidor vulnerable. Conviene fijar, pues, con carácter previo,

5 Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52012IP0209>.

6 Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32014R0254>.

el concepto de consumidor; los distintos grados de vulnerabilidad que se le pueden atribuir y los efectos directos de dicha mayor exposición en la contratación de consumo.

I. Consumidor y consumidor vulnerable.

En la contratación de servicios por parte de personas consumidoras rige un principio medular dirigido a defenderlas frente a posibles situaciones de desamparo⁷. En este sentido, el TRLGDCU, en su Libro Segundo, establece una regulación específica -y, por tanto, de aplicación preferente- para los contratos celebrados con consumidores y usuarios, que prevalece al Derecho común aplicable en materia de contratos⁸. A este respecto, y complementando las previsiones del Texto Refundido, el art. 15 de la Ley 4/2023 del Estatuto de las Personas consumidoras, bajo la rúbrica «Interpretación favorable a las personas consumidoras y usuarias», establece que “las dudas o diferencias interpretativas a que dé lugar cualquier tipo de publicidad, comunicación comercial, oferta, práctica o cláusula que sean aplicables a una relación de consumo se resolverán a favor de las personas consumidoras o usuarias”. Es decir, consagra y refuerza el principio *pro consumatore* que el Derecho europeo prevé una vez queda atribuida la condición de consumidor⁹. Por ello, el elemento fundamental que debe considerarse al aplicar el Derecho de consumo es el subjetivo, esto es, el relativo a la determinación de quién puede ser (y quién no) considerado consumidor o usuario, a efectos legales. Esta cuestión resulta esencial, ya que delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la protección que otorga la normativa de consumo.

7 El art. 51 de la Constitución Española establece el principio *pro consumatore*, detallando los derechos fundamentales e instrumentales que garantizan esta protección: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

8 A este respecto, recuerda GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación en consumidores”, en AA.VV.: *Tratado de contratos*, Tomo II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1459 y ss. que “la protección contractual del consumidor se satisface plenamente cuando se impone su posición contractual, la titularidad de los derechos que la propia ley le confiere, al empresario o profesional. Si se confiara a las reglas del Derecho común de contratos su protección (reglas que son, en su mayoría, dispositivas) es probable que tal protección se redujera sustancialmente o, sin más, se suprimiera. Esta es la razón para que el legislador opte por calificar las normas de protección como ‘imperativas’, aunque técnicamente no se articule de modo uniforme”.

9 Considera MARCOS FRANCISCO, D.: “Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección”, *InDret*, núm. 3, 2015, p. 5, que “estamos, por tanto, ante toda una serie de actos y normas, fundamentalmente sustantivas pero también procesales (muchas de ellas recogidas en Directivas y Reglamentos; y ello dejando de lado las normas no vinculantes –como es la reciente Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión- también dictadas para salvaguardar los intereses de los consumidores), llevadas a cabo por el legislador europeo *pro consumatore*, esto es, específicamente adoptadas para proteger de forma privilegiada al consumidor en su condición de tal (como sujeto que adquiere productos y servicios y/o disfruta de ellos)”.

En este sentido, el TRLGDCU, en su art. 3.1, establece con claridad la definición de consumidor y usuario¹⁰: “Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”¹¹. El rasgo característico que define a una persona como consumidora o usuaria radica, como se desprende del precepto, en que su actuación debe producirse en un ámbito ajeno a cualquier tipo de actividad empresarial o profesional¹². En otras palabras, la finalidad con la que se celebra el contrato es el criterio determinante para encuadrar a una persona dentro de la categoría de consumidor: resulta imprescindible que los bienes o servicios adquiridos no se destinen al desarrollo de una actividad económica, ya sea pública o privada¹³.

Esta concepción aperturista de la delimitación permite, por tanto, que un empresario pueda ser considerado consumidor en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando al realizar una compra o contratar un servicio, lo hace en

10 En todo caso, debe recordarse que el término consumidor es un concepto socio-económico cambiante a lo largo de la historia, y que la propia doctrina ha distinguido distintas concepciones. A este respecto, véase BUENOSVINOS GONZÁLEZ, H.: “La protección contractual del consumidor: la delimitación del concepto de consumidor y sus efectos en el Derecho contractual”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 766.

11 Señala FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores, especial referencia a la relativa a servicios financieros*, La Ley, Madrid, 2009, p. 186, que “la principal diferencia respecto al concepto de consumidor entre la LCDSFC y el TRLGDCU, del mismo modo que se hacía en su redacción anterior, de las personas jurídicas, que sin embargo no aparecen contempladas dentro del concepto de consumidor de la LCSDC, como tampoco lo están en la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los consumidores”.

12 Respecto a los supuestos en los que el carácter de consumidor resultó dudoso (por ejemplo, la casuística de adquisición para uso doble) considera CÁMARA LAPUENTE, S.: *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2018, p. 74, que en relación a la carga de la prueba de la condición de consumidor debe recaer “sobre quién debe probar el hecho positivo (generador de la protección o impeditivo de una reclamación). En este entendimiento, debe mantenerse que es el empresario quien, para evitar la aplicación de la especial tutela que dispensa la TR-LGDCU, habrá de probar el hecho positivo de que su contraparte actuó dentro del ámbito propio de una actividad empresarial o profesional, pues constituiría una difícil prueba de hecho negativo que el consumidor hubiese de demostrar que no actuó en ese contexto; podría probar que obró con fines de consumo privado, pero no que además no empleó el bien o servicio en el contexto de sus actividades profesionales”.

13 Ciertamente la noción de consumidor no es única, pues como bien esclarecía BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios sobre consumo*, núm. 3, 1984, pp. 16 y ss., “no existe, pues una noción legal única de consumidor, sino una pluralidad de nociones que sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones legales y que se establecen atendiendo específicamente a la protección que la norma pretende ofrecer”.

En idéntico sentido, recuerda REYES LÓPEZ, M^a. J.: “La evolución del concepto de consumidor”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, p. 3254, que “el concepto de consumidor no es una noción estática sino dinámica, como pone de manifiesto la importante aportación jurisprudencial tanto por parte del TJUE como del TS, que refleja que en la actualidad los tribunales se decantan por realizar una interpretación flexible y menos restrictiva del término, sustentada en la naturaleza de la relación de consumo, que se hace extrapolable a las personas jurídicas y entidades sin ánimo de lucro”.

En relación a las personas jurídicas, FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *El nuevo régimen*, cit., pp. 188 y 189 considera que “la persona jurídica no ha de ser entendida como un nuevo sujeto de derecho, sino una mera forma de presentar un grupo de normas, esto es, como un mecanismo de imputación de derechos y obligaciones a los únicos posibles sujetos de derecho que son las personas físicas”.

calidad de particular, sin relación directa con la actividad profesional o empresarial que desarrolla habitualmente)¹⁴. De este modo, se otorga protección a aquellas personas que, aunque puedan desempeñar una actividad empresarial, cuando actúan desligadas a ella, son consideradas beneficiarias del marco normativo previsto para los consumidores y usuarios¹⁵. El ámbito subjetivo del Derecho de consumo resulta, *in fine*, dilatado¹⁶.

Al margen de amparar, de forma genérica, a toda persona consumidora o usuaria, el marco normativo actual incide, de forma expresa, en la visibilización de un subgrupo: los consumidores vulnerables¹⁷. El legislador considera que la protección que se deriva de la condición de persona consumidora no es suficiente para la adecuada cobertura legal de determinadas situaciones de mayor riesgo. En efecto: no cabe duda de que, en el seno de aquel heterogéneo grupo, concurren sujetos que requieren de mayor apoyo y soporte por parte del Derecho de consumo. Así, el art. 3.2 del TRLGDCU establece un concepto marco específico para el consumidor vulnerable: “Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus

14 En este punto recalca SANCHO MARTÍNEZ, L.: “Transparencia y abusividad en el contrato de fianza: la situación del fiador consumidor”, *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 7, 2023, pp. 124, en relación a la interpretación debida del concepto de consumidor en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que “el TJUE contestó que, a diferencia de lo que sucede en otras Directivas consumeristas, del artículo 1.1 en relación con el considerando décimo de la Directiva 93/13/CEE se desprende que, salvo para los negocios indicados en dicho considerando, esta norma se aplica a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor con independencia de su objeto; es decir, se aplica en función de la condición de los intervinientes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional. Como explica el Tribunal de Justicia, dicho criterio se justifica porque el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE parte de la situación de inferioridad en que se halla el consumidor respecto al profesional en lo relativo tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, y que le lleva a adherirse a las condiciones prerredactadas por el profesional sin poder influir en su contenido. La necesidad de protección que se aprecia en dicho escenario resulta, por tanto, común a toda clase de contrato no negociado concluido entre un consumidor y un profesional, independientemente de su objeto”.

15 GARCÍA VICENTE, J.R.: “La contratación”, cit., pp.1452 y ss.

16 Aun así, concluye CÁMARA LAPUENTE, S.: *Contratos y protección*, cit., p. 54, que “pese a sus ventajas y mayor ámbito de supuestos incluidos, la nueva definición no es la panacea y no está exenta también de dificultades interpretativas y probatorias. En efecto, será preciso delimitar *ad casum* en qué consiste ese “ámbito ajeno” a actividades empresariales o profesionales. No cabe duda de que los actos de consumo en ámbitos puramente familiares, personales o domésticos en que el consumidor es el destinatario final quedarán fuera del ámbito profesional (supra); a tal efecto, si tales actos quedan desligados de ulteriores actividades económicas relacionadas, directa o indirectamente con el mercado, en el sentido en que la jurisprudencia ha ido perfilando esta idea (*ibidem*), también estarán fuera de ese ámbito y, por tanto, serán actos realizados por consumidores del art. 3 TR-LGDCU”.

17 El “Documento de trabajo de los servicios de la comisión guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales” que acompaña al documento ‘Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones’, Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos -SWD/2016/0163 final- (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016SC0163>), evidencia la distinción entre un consumidor medio, y el consumidor vulnerable. A este respecto, véanse las páginas 45 y siguientes del documento. Sin embargo, fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien terminó construyendo el concepto, sobre todo el de consumidor medio, a través de su jurisprudencia (STJUE 16 julio 1998, asunto C-210/96).

características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”¹⁸.

Aunque la Ley no efectúa distinción alguna en su articulado, a grandes rasgos los consumidores vulnerables descritos en el art. 3.2 del TRLGDCU pueden clasificarse en dos subgrupos: 1) Los consumidores considerados vulnerables por razones económicas o sociales; y 2) Los consumidores que, por precisar de apoyo a la hora de contratar, se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Ambos tipos de consumidores deben ser destinatarios de protección específica por parte de la normativa en materia de consumo, pues su vulnerabilidad los coloca en una posición aún más precaria frente a las prestadoras de servicios¹⁹.

Como puede observarse, ambos colectivos de consumidores vulnerables son acreedores de protección específica; la precisan, no obstante, de forma diversa²⁰. Si la especial situación de vulnerabilidad emana de causas económicas y/o sociales, el Estado cuenta con normativa sectorial que, puntualmente, ha introducido mecanismos de corrección y defensa, sobre todo en el ámbito energético²¹. Claro ejemplo de ello es el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre,

18 En el análisis del artículo, MARÍN LÓPEZ, M.J.: “El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Revista CESCO*, núm. 37, 2021, p. 113, indica que “el art. 3.2 TRLGDCU establece el concepto ‘general’ de consumidor vulnerable. Pues expresamente admite que pueden existir otras definiciones de consumidor vulnerable en la ‘normativa sectorial’ (así, por ejemplo, los arts. 9 del RD-ley 8/2020 y 11 del RD-ley 11/2020 definen cuándo una persona está en situación de vulnerabilidad económica a los efectos de concederle el derecho a la moratoria hipotecaria)”. Además, aclara que “el consumidor vulnerable es una persona física. No tienen esta consideración, por tanto, ni las personas jurídicas, ni los entes sin personalidad, que sin embargo sí pueden reputarse consumidores a los efectos del art. 3.1 TRLGDCU. El consumidor vulnerable es una persona física, aunque la especial situación de subordinación, indefensión o desprotección puede producirse por su pertenencia a un colectivo”.

19 Sobre el concepto de consumidor vulnerable y las condiciones de vulnerabilidad, REYES LÓPEZ, M^a. J.: “La evolución”, cit., p. 3255, concluye que “como las causas, tanto endógenas como exógenas, que pueden situar a una persona en situación de vulnerabilidad en sus relaciones de consumo son numerosas, se ha querido reconocer un concepto de consumidor que incorpore un planteamiento acorde a las especiales circunstancias que le rodeen en el momento de realizar actos de consumo, no basado exclusivamente en circunstancias económicas sino acorde con los criterios y valores compartidos en la actual sociedad en la que el consumidor no sólo es considerado un elemento más del mercado sino un protagonista activo dentro del mismo”.

20 Existe, de hecho, un mandato legal en el art. 8.2 del TRLGDCU: “Los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promoverán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos”.

21 La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad destaca la importancia de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para proteger a los consumidores vulnerables en el contexto del mercado interior de la electricidad. Así, señala expresamente que podrán incluir medidas específicas relacionadas con el pago de las facturas de electricidad o medidas más generales adoptadas dentro del sistema de seguridad social.

por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica²². Este Real Decreto propone una triple categorización de los consumidores: vulnerable, vulnerable severo y en riesgo de exclusión social. Así, el elemento de vulnerabilidad depende de criterios objetivos preestablecidos, como la renta o la situación familiar (familias numerosas, pensionistas con prestación mínima, hogares monoparentales y/o miembros familiares con cierto grado de discapacidad); y atribuye, a cada categoría de consumidor vulnerable, distintos mecanismos de defensa, como el acceso a descuentos en la factura o a ayudas económicas. Con toda probabilidad, estas medidas resultan insuficientes en la efectiva protección de los colectivos más expuestos, pero, al menos, constituyen un punto de partida para posteriores desarrollos y concreciones normativas, si el fin último radica en dispensar mayor apoyo a las personas que más lo necesitan. Resulta innegable, asimismo, la virtualidad de estas categorías y medidas concretas -adoptadas en el sector energético- para su exportabilidad (y posterior adaptación) a otros ámbitos del Derecho de consumo.

Si, por el contrario, la situación de especial vulnerabilidad del consumidor o usuario proviene de la necesidad de contar con un apoyo a la hora de contratar -por resultarle dificultoso comprender y dimensionar la envergadura jurídica de la operación-, el legislador no prevé especificidad normativa alguna. Es más: en la vigente regulación sobre contratos de consumo no hay lugar para este tipo de consumidor vulnerable. Es decir, se prevé y reconoce su existencia legal pero no se hace constar ningún mecanismo protector adicional y concreto. Debe subrayarse que estas personas son consumidoras vulnerables por algo tan esencial como su capacidad a la hora de llevar a cabo la contratación. Las limitaciones en sus capacidades cognitivas -a causa de una discapacidad psíquica, intelectual o degenerativa- les acarrearán una situación de mayor exposición y riesgo. Es cierto que, en buena medida, la existencia de mecanismos de apoyo fijados *ad hoc* puede mitigar ese contexto vulnerable; pero no siempre sucede así. Bien porque la medida de apoyo se limita a realizar una actividad de supervisión sobre lo llevado a cabo por la persona con discapacidad (en caso de tener conocimiento de lo contratado por ésta), bien porque dicha labor de vigilancia no resulta efectiva para salvaguardar los intereses del consumidor vulnerable. En ambas hipótesis -y en aquellos casos en que las medidas de apoyo ni siquiera existan-, la contratación llevada a cabo por el consumidor con discapacidad tiene un alto componente de riesgo. De ahí deriva su vulnerabilidad²³.

22 Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-11505>.

23 Advierte MARÍN LÓPEZ, M^a. J.: "El concepto", cit., p. 118, que "en la actual normativa contractual de consumo no hay lugar para este 'consumidor vulnerable'. Así, por ejemplo, en la normativa reguladora de las garantías en la venta de bienes de consumo (arts. 114 y ss. TRLGDCU) todos los consumidores son iguales, sin que se trate de manera especial al 'consumidor vulnerable'. Lo mismo sucede en las normas que regulan el crédito al consumo, el crédito inmobiliario, las ventas a distancia o fuera de establecimiento, los viajes combinados

2. La capacidad del consumidor vulnerable que precisa de apoyo a la hora de contratar.

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, ha supuesto un cambio de paradigma en la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad²⁴, abandonando el modelo basado en la sustitución de la voluntad y apostando por el libre ejercicio de la capacidad. Toda persona ostenta capacidad natural y, bajo dicha presunción, está capacitada para contratar. Este nuevo enfoque -más inclusivo y social- reconoce la capacidad jurídica en todas las personas, aunque introduce medidas de apoyo para facilitar su ejercicio cuando sea necesario²⁵. Eso sí, dichas medidas no deben suplantar la voluntad de la persona con discapacidad, sino acompañarla y adaptarse a su grado de autonomía, garantizando así su autodeterminación en la toma de decisiones²⁶.

o el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Así ocurre también en materia de cláusulas abusivas, en lo que al control de incorporación y control de contenido se refiere”.

- 24 Sobre el alcance de la reforma, el artículo primero modifica la Ley del Notariado con ocho apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria, y consta de nueve apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000 con veintinueve apartados; el artículo quinto, en sus cinco apartados, modifica la Ley 41/2003; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011 y se distribuye en diez apartados; y, finalmente, el artículo séptimo, en sus diecinueve apartados, reforma la Ley 15/2015.
- 25 Este nuevo enfoque viene a implementar en el ordenamiento español el mandato propio del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006. Este artículo compele a los países firmantes a reconocer “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, y, en consecuencia, a adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Velando, en todo caso, porque en el ejercicio de la capacidad jurídica se “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” y por que “no haya conflicto de intereses ni influencia indebida”, al objeto de que las eventuales medidas de apoyo resulten “proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. De acuerdo con lo dispuesto en la Observación general N° 1 de 2014, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la capacidad jurídica a la que hace referencia el art. 12 de la Convención “es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)”. De una lectura conjunta del precepto y de la Observación se concluye que en el concepto de capacidad jurídica que acuña la Convención convergen, al menos en un plano teórico o explicativo, las dos dimensiones -estática y dinámica- de la capacidad: la titularidad y el ejercicio. Y que ambas deben ser reconocidas también a las personas con discapacidad, en plena igualdad con las demás; sin perjuicio de que para el ejercicio de dicha capacidad requieran, en su caso, de alguna medida de apoyo o asistencia adaptada a sus circunstancias.
A este respecto, subraya GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español”, en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, p. 29, “que la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar no se admite por el Comité de los Derechos de las personas con discapacidad que, en la citada OG n° 1, presenta como indisociables la capacidad jurídica y su ejercicio... Es decir, se admite la distinción teórica -titularidad (capacidad legal) y ejercicio (legitimación para actuar)- pero no se permite tal disociación si justifica, en la práctica, la limitación o privación del ejercicio con el consiguiente mantenimiento de la titularidad desnuda”.
Más contundente y crítico respecto a la posición del Comité se muestra DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *Tribuna del Instituto de Derecho Iberoamericano*, 30 de septiembre de 2021, al considerar que tales observaciones “parecen un tanto desmesuradas” en vista de que en ciertas ocasiones la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar debe ser mantenida.
- 26 Sobre el encaje de este nuevo modelo con la Convención, IMAZ ZUBIAUR, L.: “Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 112, 2018, p. 198, describe el

Sin duda, esta reforma ha redefinido el papel de las personas con discapacidad en el ámbito contractual y, también, en consecuencia, en el de consumo, otorgándoles un protagonismo pleno en sus decisiones. Aun así, debido a la falta de coordinación de la reforma respecto del Derecho de consumo²⁷, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 persisten situaciones de especial vulnerabilidad que han quedado fuera del marco normativo (fundamentalmente contenido en el Código Civil). Si atendemos a los casos de las personas con discapacidades no normalizadas -ni abordadas ni acompañadas-, la posición de indefensión resulta palpable. La ausencia de previsión normativa específica para estos supuestos -sea general, sea de consumo- puede dar lugar a escenarios en los que personas con discapacidad, sin medidas de apoyo asignadas, contraten en condiciones desventajosas, sin que existan a su favor mecanismos preestablecidos de asistencia y rectificación. La presunción de capacidad no siempre resulta, pues, ajustada a la concreta situación vital de la persona consumidora²⁸.

Piénsese en aquellos casos en los que la persona con discapacidad ni siquiera tiene detectada la merma de capacidad, por carecer de redes de apoyo; o que, estando reconocida formalmente dicha alteración, no es aceptada por quien la padece. Especialmente significativas resultan las contrataciones digitales y el riesgo que comportan para las personas con discapacidad cognitiva: no hay nadie que les contenga ante una publicidad desbordante y oscura; ni que les asista al otro lado de la pantalla cuando adquieren un producto determinado; ni que les controle su economía. Nadie al otro lado puede percibir, en esos contextos de contratación, la capacidad (o discapacidad) de la persona consumidora: los consentimientos son expresados mediante un “click” a una o varias teclas que sustituyen la presencialidad de los contratantes. Se produce, además, un almacenamiento de

‘traje a medida’ “que ha de confeccionarse para cada persona con discapacidad, atendidas sus circunstancias vitales y necesidades. Se ha apostado, en esa línea, por evitar la ‘sustitución’ y ensalzar el ‘complemento’ de la capacidad de obrar de la persona incapacitada. Se han ‘enemistado’, tras siglos de pacífica convivencia, la ‘representación’ y el ‘apoyo’ -tutela y curatela-, alegando, para ello, el espíritu de la Convención de 2006. Y lo cierto es que, en esa dirección apunta el Informe de 2012 emitido por el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad de la ONU en torno a la ‘adaptación’ del ordenamiento español al artículo 12 de la Convención”.

- 27 Sobre esta dificultad en general, véase GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación”, cit., pp.1450 y ss.
- 28 Conviene traer a colación lo dispuesto por el art. 17 bis de la Ley del Notariado, en el que se continúa obligando a los notarios a realizar un juicio previo sobre la capacidad natural del otorgante y acreditar, así, que la constatada capacidad es suficiente. Es decir, aún es necesario cotejar que el otorgante en cuestión comprende el alcance del negocio celebrado. Resume DURÁN ALONSO, S.: “Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: El papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, p. 59, que “respecto a este juicio de la capacidad de hecho por el notario (en sede testamentaria, pero podríamos entenderlo extensible, se insiste, a cualquier acto o negocio jurídico en el que deba intervenir) la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en diversas ocasiones: “a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento. c) Que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial revista especial relevancia de certidumbre; y d) que, por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia”. En conclusión: la presunción de capacidad puede romperse.

datos de pago de la persona consumidora difícil de contener, que se rescatan en sucesivas adquisiciones facilitando operaciones en cadena. Las pasarelas de pago son extremadamente veloces y se constatan fallas en el sistema de comprobación de identidad de la persona consumidora. Si a la tesitura de la discapacidad desprotegida se le adiciona, pues, el componente de la contratación digital o telefónica, la consecuencia es indiscutible: la vulnerabilidad se acrecienta²⁹.

Pese a todos esos riesgos, a las personas consumidoras con discapacidad cognitiva -controlada o en estado de brote- que no tienen medidas de apoyo asignadas se les presume capaces. Generalmente, no son conscientes de su propia discapacidad y, por tanto, no suelen manifestar voluntad de solicitar la ineficacia del contrato otorgado³⁰. Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en favor de los intereses de las personas incapacitadas la mera alegación de la incapacitación resultaba suficiente para impugnar los contratos que se hubieran celebrado sin la medida de representación o apoyo establecida en la sentencia. El nuevo sistema ha dado un vuelco a este respecto, pues la incapacitación ya no es posible. Sin embargo, la Ley 8/2021 ha optado por incluir en los arts. 1301 y 1302 del Código Civil una causa de ineficacia que se deriva, precisamente, de la no intervención de las actuales medidas de apoyo (siempre que existan y sean procedentes³¹). Eso sí, el nuevo régimen incluye preceptos que, aunque permiten la nulidad relativa del contrato celebrado por la persona con discapacidad, parecen buscar en cierta medida la preservación de lo contratado por ella o, al menos, otorgarle mayor protagonismo a la hora de optar por la anulabilidad³². Como se tratará en puntos

29 En este punto resulta destacable subrayar que en el ámbito digital emergen nuevas formas de entender la vulnerabilidad. Entre otros, véase, SAX, M. & HELBERGER, N.: "Digital Vulnerability and Manipulation in the Emerging Digital Framework", en AAVV: *Digital Fairness for Consumers*, BEUC, Bruselas, 2024, p. 13.

30 Explica MARÍN LÓPEZ, M. J.: "El concepto", cit., pp. 113 y 114, que "lo que caracteriza al consumidor vulnerable es que es una persona que está en "una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad". Por la situación en que se encuentra esa persona, no puede ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad. No es necesario, por tanto, que esté impedida de ejercitar sus derechos. Quizás sí pueda ejercitarlos, pero no en condiciones de igualdad, esto es, en las mismas condiciones que los podría ejercitar si no estuviera en esa situación de subordinación, indefensión o desprotección. Por lo tanto, el consumidor vulnerable se define por comparación con el consumidor 'normal', que es el que no está en esa situación especial de vulnerabilidad. A diferencia de este, aquel está en una situación de desigualdad en el ejercicio de los derechos, lo que significa que para él es más costoso, difícil o complicado ese ejercicio o que incluso ese ejercicio resulta imposible".

31 Recuerda, en este punto, CARRASCO PERERA, Á.: "Contratación por discapacitados", *Revista CESCO*, núm. 42, 2022, p. 222, que "la legitimación activa del discapacitado requiere que se hayan omitido las medidas de apoyo establecidas, "cuando fueran precisas" (arts. 1301.4º, 1302.3). Dos interpretaciones caben de este inciso. O bien se considera la "precisión" en abstracto, y se analiza sólo si se da el supuesto de hecho de la medida, que, ya por serlo, será "precisa", lo que acaba redundando con el propio concepto de haber sido "establecidas" (se establecen por ser precisas y son precisas porque se establecen), o se practica adicionalmente un test circunstanciado, de forma que una medida de apoyo establecida como "precisa" en abstracto pueda no revelarse precisa en consideración a las circunstancias del caso. Esta segunda es la interpretación procedente, tanto por seguridad del tráfico (recuérdese que el extraño no tiene acceso a datos registrales) como por la prevalencia del principio de autonomía personal".

32 A este respecto, considera ÁLVAREZ LATA, N.: "Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad, Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 21 de marzo de 2023", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 123, 2023, s/p, que "a luz del actual art. 1302 CC cabe mantener que la propia persona con discapacidad la conserva también para realizar actos o negocios

posteriores de este trabajo, el prestador de medidas de apoyo ya no es el principal promotor de la ineficacia del contrato celebrado, su facultad de proteger a la persona con discapacidad en el ámbito contractual parece haber mermado.

Resulta innegable la posición de persona consumidora vulnerable y, sin embargo, no se prevé un marco específico para su protección. Una cosa es el reconocimiento de la capacidad jurídica, y otra bien distinta, que en su ejercicio no deban existir medidas concretas destinadas a paliar posibles situaciones de abuso. La probabilidad de que la parte contratante que presta sus servicios se aproveche de esta discapacidad (aun desconociéndola) es clara y alarmante. La propia Comisión Europea advierte -con la publicación de la Comunicación de 13 de noviembre de 2020, sobre la Nueva Agenda del Consumidor-, de la necesidad de implantar medidas coordinadas con los Estados miembros para garantizar la protección de los derechos de los consumidores en un entorno cada vez más digital³³. En efecto: la digitalización del consumo ha traído consigo nuevos retos que requieren respuestas normativas ágiles y efectivas, especialmente en relación con la accesibilidad y comprensión de la información contractual. Corresponde, por tanto, analizar las previsiones legales y los mecanismos de defensa actuales del TRLGDCU en relación a las personas consumidoras, para valorar su adecuación respecto de los consumidores vulnerables por razón específica de capacidad. Una revisión integral del marco regulador en materia de consumo es esencial para garantizar que todas las personas, independientemente de sus capacidades, puedan contratar de forma segura y equitativa.

III. LAS PREVISIONES LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR VULNERABLE EN LA CONTRATACIÓN.

Ya se ha advertido que la protección del consumidor vulnerable debe adaptarse a las realidades actuales en las que la contratación es constante, automática y, en

para los que se hayan establecido medidas de apoyo, por lo menos frente al contratante de buena fe (*rectius*: aquel que no esté en las circunstancias del art. 1302.3 CC). Y ello porque según el art. 1302 CC no es impugnabile -salvo que lo haga ella misma- el contrato realizado por la persona con discapacidad en el que se ha prescindido del apoyo si el contratante es de buena fe, por lo que cabe perfectamente en el sistema la actuación válida de la persona también en ese ámbito de actuación que antes era negada". En la misma línea, se manifiesta PARRA LUCÁN, M^a. Á.: "Contratación y discapacidad, la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), vol. 2, tomo 2, Fundación del Notariado, Madrid, 2022, p. 339.

- 33 Recuerda, además, la Comunicación (p. 19) que "las personas mayores y con discapacidad tienen necesidades específicas relacionadas con el consumo. Es importante garantizar la disponibilidad de información clara, accesible y fácil de usar tanto en línea como fuera de línea, de conformidad con los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios de la UE. Los consumidores de edad avanzada y aquellos con discapacidad también necesitan productos y tecnologías de asistencia accesibles que sean compatibles con las tecnologías de uso general. Un enfoque justo y no discriminatorio de la transformación digital debe atender las necesidades de los consumidores de edad avanzada, los consumidores con discapacidad y, de manera más general, las personas «desconectadas» que pueden estar menos familiarizadas o sentirse menos a gusto con las herramientas digitales y ser más propensas a caer víctimas del fraude". Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696>.

el caso de las personas que precisan de apoyo (discapacidad, tercera edad), en muchas ocasiones sin la intervención de la protección debida. Si se pretende que estos consumidores vulnerables se sitúen en una posición de igualdad respecto del resto de la ciudadanía, la normativa de consumo debe apostar por la inclusión efectiva de medidas e instrumentos *ad hoc*. La digitalización de los procesos de contratación ha supuesto un desafío adicional para los consumidores, y en especial para los vulnerables, quienes pueden experimentar dificultades en la comprensión de los términos y condiciones de lo contratado. La automatización de estos procesos puede generar barreras de acceso a la información clara y comprensible, lo que refuerza la necesidad de mecanismos específicos que faciliten su participación efectiva³⁴.

Actualmente, al margen de las posibles causas generales de invalidez contractual en el consumo -por infracción de normas imperativas o prohibitivas, por infracción de forma cuando se califica como requisito esencial del contrato, o por grave desequilibrio de las posiciones contractuales a causa de pactos con condiciones generales-, existen dos grandes mecanismos de protección en relación al consumidor: el deber de información y el derecho de desistimiento (este último con especial relevancia en la contratación a distancia).

I. El deber de información.

La transparencia es uno de los principios que orienta el Derecho de consumo y la herramienta de la que se ha servido el legislador para satisfacerla es la imposición, en favor de los consumidores y a cargo del empresario, de deberes imperativos y predeterminados de información³⁵. La previsión principal que asienta este deber se encuadra en el art. 8.l.d) del TRLGDCU, al determinar que es derecho básico de los consumidores, “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios en formatos que garanticen su accesibilidad y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, así como la toma de decisiones óptimas para sus intereses”.

Lamentablemente, este principio del que se reviste el conjunto del Derecho de consumo no deja de ser programático: si no existe previsión específica, ajustada

34 Sobre la vulnerabilidad en los entornos digitales, véase HELBERGER, N.; MICKLITZ, H.W.; SAX, M.; STRYCHARZ, J.: “Surveillance, consent and the vulnerable consumer. Regaining citizen agency in the information economy”, en AA.VV.: *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets*, BEUC, Bruselas, 2021, pp. 1-91.

35 Sobre las razones para establecer deberes de información en sede de Derecho contractual de consumo, GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación”, cit., p. 1474, indica entre otras las siguientes: “en primer lugar, la protección de la libertad de decisión sobre si contratar o no hacerlo, donde se aprecia una fuerte tendencia a enunciar deberes precontractuales o a controlar la publicidad o las ofertas vinculantes. En segundo lugar, el conocimiento del alcance del compromiso desde el punto de vista económico o jurídico, así como de sus vicisitudes durante su ejecución o de los derechos o ventajas legales de que goza el consumidor. Por último, el conocimiento de las cualidades de la prestación, que no se reduce a su utilidad o función”. Para ahondar en estas ideas, véanse pp. 1474-1477.

a cada caso, del contenido o la forma de satisfacer este deber de información, no puede alegar el consumidor su incumplimiento. Es decir, el deber de información no tiene eficacia directa o inmediata en el consumidor si su regulación no es exhaustiva. Ciertamente, a lo largo del TRLGDCU existen previsiones legales acerca de este derecho, pero pecan de generalistas. Es más: aun cuando exista legislación especial que regule aspectos determinados del deber de información -o ámbitos de consumo en los que su contenido esté más desarrollado³⁶-, ello no excluye el cuestionamiento de la utilidad o la suficiencia de las consecuencias de su infracción³⁷. Pues si el incumplimiento del deber de información no acarrea sanción para el prestador de servicios y/o cauces que el consumidor pueda activar, de modo arbitrario, en su interés particular (variable en cada caso, pues contratar sin la información debida no siempre supone un perjuicio), la previsión de dicho deber carece de relevancia práctica³⁸.

En cuanto al deber de información en las relaciones de consumo, atendida la casuística de los consumidores vulnerables, debe reconocerse que el TRLGDCU se preocupa de preverlo de forma específica. De hecho, en el segundo apartado del art. 8 (relativo al derecho básico de los consumidores), se remarca que “las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso”. A esta previsión genérica, el art. 20.2 del TRLGDCU, al regular de forma más concreta la información que obligadamente debe constar en la oferta comercial de bienes y servicios, también establece que la información “necesaria a incluir en la oferta comercial deberá facilitarse a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato que garantice su accesibilidad, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses”. Es decir, se pormenoriza el

36 No puede obviarse la existencia de normativa sectorial –legislación bancaria, legislación del Mercado de Valores o legislación sobre seguros– que regula y adiciona requisitos adicionales de información. Véase, la panorámica que dibuja a este respecto FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *El nuevo régimen*, cit., pp. 263 y ss.

37 Cabe destacar que el art. 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que regula, entre otras, las comunicaciones comerciales, establece que “las administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley”. El mandato existe, aunque su eficacia pueda ser cuestionable.

Así, aunque durante los últimos años, el abordaje legislativo del legislador europeo en materia de protección del consumidor se ha canalizado a través de los deberes de información que se han impuesto a la parte fuerte de la relación con el objetivo de reequilibrar las posiciones contractuales, señala BARCELO COMPTE, R.: “El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-base a la protección state-based”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 633, que, “sin embargo, la doctrina ha cuestionado su efectividad. Así, el incremento de esa masa de información que ha de suministrarse al consumidor es insuficiente en muchas situaciones contractuales, sobre todo en el ámbito digital”.

38 Un poderoso incentivo al incumplimiento de estos deberes es la amenaza de sanciones administrativas, pues prácticamente cualquier infracción de deberes de información es considerada una infracción sancionable. No obstante, considera GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación”, cit., p. 1483, que la respuesta del legislador exige una congruencia entre la disciplina pública y privada y un mecanismo que proteja directamente al consumidor: la sanción administrativa no le procura ninguna ventaja directa a su posición”.

deber de información y se subraya su necesaria adaptación en los casos en los que intervienen los consumidores vulnerables³⁹.

Pero al igual que acontece con el deber de información *in genere*, esta guía o sumario con el que se pretende reformular las prácticas comerciales, no es más que una pura sugerencia; que, además, tampoco infiere en la distinción efectiva entre el consumidor general y el vulnerable. El TRLGDCU admite que el consumidor vulnerable suele encontrarse en una situación de mayor indefensión ante estas prácticas, pero no se le establecen sistemas de corrección y asistencia, reales y específicos. De hecho, si se analiza la contratación de los consumidores vulnerables y, en particular, los vulnerables por la necesidad de contar con un apoyo a la hora de contratar, la relevancia del deber de información resulta crucial. Cuando existe dificultad para comprender y dimensionar la envergadura jurídica del contrato, para una adecuada formación de la voluntad contractual, la información debe ser accesible en sentido integral. No se hace referencia al mero acceso, sino al propio entendimiento de los términos empleados y de la carga jurídica que comportan⁴⁰. Deviene exigible, por tanto, el uso de un lenguaje jurídico sencillo, que posibilite la lectura fácil como herramienta de inclusión. Es indispensable. En caso contrario, no puede sostenerse que exista una apuesta real por garantizar la presencia de las personas vulnerables por razón de capacidad en el Derecho de consumo, no ya por no existir protección para su vulnerabilidad, sino por carecer de sistemas que aseguren su participación activa y consciente.

2. El derecho de desistimiento.

En el Derecho de consumo el desistimiento es una de las piezas angulares del sistema de protección de los consumidores, y su previsión normativa se encuadra en el art. 68.I del TRLGDCU: “El derecho de desistimiento de un contrato es

39 A este respecto, BARCELO COMPTE, R.: “El consumidor”, cit., p. 641, sugiere “la utilización de los códigos de conducta como instrumento de protección de la parte más débil: el consumidor vulnerable. Así, el incumplimiento por el empresario de un compromiso incluido en un código de conducta debe considerarse, también, una práctica comercial engañosa. En un mismo sentido se propone el uso de estándares como herramienta de protección del consumidor en situaciones vulnerables”.

40 Cobra relevancia en este punto el concepto de los patrones oscuros. Explica MATO PACÍN, M.N.: *Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros*, BOE, Madrid, 2024, pp. 52-53, que “no hay una única definición aceptada de patrones oscuros, pues se trata de un concepto amplio que engloba muchas prácticas diferentes. Se han intentado distintas aproximaciones, entre las que destacamos la de ser «técnicas mediante las que los diseñadores utilizan su conocimiento sobre el comportamiento humano para implementar características o pasos engañosos que no se alinean con lo que es mejor para el usuario» o «interfaces cuyos diseñadores conscientemente confunden a los usuarios, dificultan que expresen sus preferencias reales o manipulan a los usuarios para que realicen determinadas acciones». O, de manera más extensa, se han definido también como «prácticas comerciales que emplean elementos de la arquitectura de elección digital, en particular en interfaces de usuario en línea, que subvierten o perjudican la autonomía, la toma de decisiones o la capacidad de elección del consumidor [...]», que «[a] menudo engañan, coaccionan o manipulan a los consumidores y es probable que causen un perjuicio directo o indirecto al consumidor de diversas maneras, aunque puede ser difícil o imposible medir dicho perjuicio en muchos casos». De modo abreviado, se suele hablar de los patrones oscuros como prácticas engañosas, aunque es cierto que, siendo estrictos, no todas tienen su base en un engaño”. En todo caso, concluye la propia autora que, sea cual sea su definición concreta, “lo que es obvio es que los patrones oscuros pueden llegar a afectar al comportamiento, en general, y al consentimiento, en particular, que presta el usuario”.

la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase". Así, se trata de un derecho de desistimiento unilateral que supone que uno de los contratantes -normalmente el consumidor, salvo pacto en contrario entre las partes que reconozca el derecho al empresario- puede poner fin discrecionalmente a la relación obligatoria⁴¹. Claramente, su reconocimiento equilibra las posiciones jurídicas en la balanza, entre consumidor y empresario. La facultad de desistir unilateralmente, sin que sea necesaria la alegación de motivación o causa, por el mero hecho de cambiar de parecer, permite al consumidor contratar con una seguridad adicional, sabedor de que su conformidad inicial puede ser rectificad⁴².

Sin embargo, este derecho no se reconoce en todo contrato de consumo. A falta de su previsión voluntaria en el contrato -por interés o prebenda del empresario-, únicamente se impone su cautela legal a determinados supuestos⁴³. De hecho, el art. 68.3 del TRLGDCU establece que el derecho de desistimiento atribuido legalmente "se regirá en primer término por las disposiciones legales que

41 Dentro del concepto clásico de derecho de desistimiento se define como "una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, y que no tiene que fundarse en ninguna causa especial" (DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 1839-840). También se ha descrito como "aquel acto por el cual una de las partes de la relación contractual pone fin al contrato antes de tiempo previsto, por causas que no tienen que justificar, sino comunicar dicha decisión a la otra u otras partes del contrato" (RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 174).

En cuanto a la delimitación entre el derecho de desistimiento que se reconoce al consumidor y otras formas de ineficacia contractual (como la nulidad, la anulabilidad, la rescisión o la resolución) se encuentra bien marcada. A este respecto, véase la comparativa que efectúa SOSA OLÁN, H.: *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2015, pp. 117 y ss. En relación a la diferenciación entre el derecho de desistimiento en el ámbito de consumo y el derecho de desistimiento clásico, véase, LARROSA AMANTE, M.A.: *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 89 y ss.

42 Como declaró la STJUE 23 enero 2019 (asunto C-430/17): "el derecho de desistimiento tiene por objeto proteger al consumidor en la situación concreta de una venta a distancia, en la que no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato. Por tanto, se considera que el derecho de desistimiento compensa la desventaja resultante para el consumidor de un contrato a distancia, concediéndole un plazo de reflexión apropiado durante el cual tiene la posibilidad de examinar y probar el bien adquirido. Tesis que también asume el TS, entre otras, en STS 24 marzo 2021 (RJ 2021/1337), al declarar: "El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase (art. 68 TRLGCU). En un número creciente de leyes el legislador ha reconocido a los consumidores, como un derecho irrenunciable, el derecho a desistir del contrato ya perfeccionado con el fin de paliar los riesgos de decisiones poco informadas o meditadas que van asociados a ciertas formas de contratación en las que el consumidor no ha tomado la iniciativa de contratar o se ve expuesto a técnicas agresivas empleadas por los empresarios para lograr la celebración del contrato".

43 En realidad, solo cabe el desistimiento en los casos expresamente reconocidos en la ley, especialmente en los siguientes: A) Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (arts. 102-108 TRLGDCU); B) Los contratos de venta a plazos de bienes muebles (art. 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio); C) Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (art. 12 de la Ley 4/2012, de 6 de julio); D) Contratos de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (art. 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio); E) Contratos con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de

lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en este Título”. Es decir: se admiten, incluso, diversos regímenes jurídicos aplicables al desistimiento, dependiendo del bien o servicio de consumo contratado. Existe un régimen general y subsidiario (el establecido en los arts. 68-79 del Capítulo II, Título I, Libro Segundo del TRLGDCU), y otros regímenes específicos y preferentes para contratos de consumo determinados⁴⁴.

Uno de estos casos, especialmente relevante en este análisis por su aplicabilidad masiva en la contratación de consumo actual y por su olvido del consumidor vulnerable, es la tradicionalmente denominada contratación a distancia o contratación celebrada fuera del establecimiento mercantil. Su variante actual, la contratación electrónica. Su subvariante, en particular: el *clickwrap*. Resulta innegable que los hábitos de consumo y las formas de contratar servicios o adquirir bienes han dado un giro hacia lo impersonal. La figura del comerciante ha sido sustituida por un asistente virtual (en el mejor de los casos), y la formalización del contrato, a menudo, se materializa a través de un guiado “clic”, en una tecla. A modo de ejemplo, los acuerdos *clickwrap* solo requieren que el usuario marque la casilla de aceptar para dar su consentimiento. Con tan solo hacer “clic” en la palabra “acepto”, se consiente un conjunto de términos que dan pie a la contratación de transacciones legalmente vinculantes⁴⁵.

En este contexto, y de forma acertada, el TRLGDCU prevé un derecho de desistimiento específico para la contratación a distancia (arts. 102-108). El legislador entiende que, cuando el consumidor contrata en estas circunstancias tan impredecibles, su voluntad puede no estar definida, de forma que le reconoce el derecho a desistir unilateralmente y recalca la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que impongan una posible penalización por su ejercicio. El plazo legal

préstamo o crédito (arts. 20 y 21 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo); F) Contratación de viajes combinados (art. 160 TRLGDCU).

Sin embargo, considera LARROSA AMANTE, M.A.: *El derecho*, cit., pp. 154-156, que esta afirmación, aunque sea cierta en el momento actual, debe ser matizada, pues “el derecho de desistimiento todavía no llega a todos los contratos en los que intervengan consumidores pero el campo de aplicación del mismo está incrementándose de forma paulatina, tanto de forma directa, por la extensión legal a nuevos contratos de consumo por las sucesivas reformas legales, como por ejemplo a los contratos de crédito al consumo, como de forma indirecta, por su aplicación supletoria al derecho reconocido contractualmente, de ahí la afirmación de la cobertura actual de este derecho camine hacia su extensión a la mayor parte de la contratación de consumo”.

- 44 En todo caso, en relación al régimen legal del derecho de desistimiento sobre contenidos digitales suministrados tanto con soporte material como sin él, considera CÁMARA LAPUENTE, S.: *Contratos y protección*, cit., p. 462, que “las excepciones al desistimiento son tan amplias y el momento de inicio del cómputo del plazo tan estricto en los suministrados sin soporte material, que cabe vaticinar que el ejercicio del derecho de desistimiento será muy marginal, salvo en el caso de que el empresario no cumpla sus deberes informativos y formales. De donde cabe colegir que en realidad el nuevo régimen legal busca acentuar los deberes de información precontractual, más que garantizar un eficaz derecho de desistimiento del consumidor tras acceder y probar el contenido digital, que, ciertamente, en tal supuesto queda excluido”.
- 45 Sobre el *clickwrap* y el consentimiento en dichos acuerdos, véase CALDERÓN MARENCO, E.A.; TORRES BUELVAS, J.E.; GONZÁLEZ RIVERA, T.V.; IBARRA ROSERO, W.D.: “Consent in clickwrap agreements. Specifications, limitations and proposals concerning the electronic contracting system”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 31, 2023, pp. 79-119.

para el ejercicio de este derecho de desistimiento (siendo siempre posible que el empresario mejore esta previsión), se consigna en el art. 105 del TRLGDCU: se trata de un plazo general de catorce días naturales⁴⁶. En este periodo, si el consumidor envía la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento, se extinguirán las obligaciones de las partes⁴⁷. Eso sí, la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recae sobre el consumidor, con las (más que probables) dificultades probatorias que pueda acarrear que la intención de desistir se comunique telefónicamente o mediante un segundo clic en una aplicación online. Pero, aunque existan claroscuros, a grandes rasgos la protección del consumidor, vía desistimiento, resulta ciertamente efectiva.

Lamentablemente, no puede sostenerse lo mismo en relación al consumidor vulnerable por razón de su capacidad: el derecho de desistimiento previsto para la contratación a distancia se aplica de forma uniforme, sin efectuar distinción alguna en atención a la vulnerabilidad del consumidor. Se fija, por tanto, un idéntico plazo de catorce días para operar dicho desistimiento. Eso es todo. No es jurídicamente relevante si el contratante dispone de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, o si, necesitándolas, aún no dispone de las mismas. Es cierto que estaremos (legalmente) ante un consumidor vulnerable, pero la normativa no concede salvaguarda específica alguna.

Debe advertirse que, en el contexto actual, no es inusual que personas consumidoras con discapacidad contraten a distancia -ya sea telefónicamente u online, consintiendo mediante la pulsación de una tecla, con un solo *clic*-, sin el conocimiento de quien debe prestarles apoyo. Normalmente, y salvo que la persona de apoyo ejerza un control férreo que le impida a la persona con discapacidad obrar de forma medianamente autónoma, la revisión de lo contratado nunca es inmediata: entre la contratación y la puesta en conocimiento al prestador de apoyos suelen transcurrir días (en el mejor de los casos) o semanas. Por ello,

46 El plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento es variable en función de que el empresario haya cumplido o no con el deber de información y documentación establecidos legalmente. De cumplir con dicho deber, el plazo es de catorce días naturales, computados desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fue la prestación de servicios. Pero en caso contrario, recuerda DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "El desistimiento unilateral del contrato", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos, Volumen I* (dir. por A.M. MORALES MORENO y coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ), BOE, Madrid, 2022, p. 303, que "cuando no se ha cumplido con el deber de información y documentación, el plazo es de doce meses. Y aunque se ha querido identificar este segundo supuesto con una resolución del contrato, estamos ante el mismo derecho de desistimiento, ejercitable durante un plazo mayor en función del incumplimiento, no de la prestación del empresario, sino de su deber de información".

47 Desde que se introdujo el derecho de desistimiento en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, se produce un debate doctrinal en torno a si su ejercicio afectaba a un contrato ya perfeccionado, provocando su extinción, o si por el contrario no quedaba perfeccionado hasta el transcurso del plazo fijado para el desistimiento. A este respecto, señala DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "El desistimiento", cit., p. 304, que "en realidad, los contratos en que se admite el derecho de desistimiento del consumidor generan obligaciones para ambas partes a partir del momento en que se produce el acuerdo de voluntades, sin que el reconocimiento del derecho a desistir pueda alterar la consideración de contrato ya perfeccionado". Soporta su idea en la propia redacción del art. 68.I del TRLGDCU que habla de "dejar sin efecto el contrato celebrado" y en el art. 74 del TRLGDCU, sobre la necesidad de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones.

el plazo de catorce días para operar el desistimiento resulta insuficiente en la hipótesis expuesta, pues deja al margen de este mecanismo correctivo a una gran parte de los consumidores vulnerables. Este dispositivo de ineficacia es eficiente, sin duda, como sistema de equilibrio consumidor-empresario; pero, para los supuestos en los que el consumidor precisa de acompañamiento a la hora de contratar, deviene imprescindible cierta rebaremación. Si la balanza está aún más descompensada que en la contratación de consumo general, los mecanismos de equidad en favor de los consumidores vulnerables deben ser más contundentes.

IV. LAS MEDIDAS DE APOYO DEL CONSUMIDOR VULNERABLE CON DISCAPACIDAD: PARADIGMA ACTUAL.

I. Consideraciones previas.

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 emergen cuatro escenarios posibles en la contratación que implica a personas con discapacidad: (1) *No existen medidas de apoyo*. En este contexto, a la persona con discapacidad se le presume plenamente capaz y, portanto, queda fuera del paraguas normativo que ampara a la discapacidad. Los contratos suscritos por estas personas son, en principio, válidos y eficaces, si se cumple el resto de requisitos legales. No podrá operarse su ineficacia conforme al régimen de anulabilidad específico para la falta de capacidad (art. 1301 CC). Ello no obsta, a nuestro entender, que siempre quede abierta la vía de la nulidad absoluta por el art. 1261 del Código, toda vez que la discapacidad puede llegar a anular el elemento volitivo y carecer, el consentimiento manifestado, de toda validez. (2) *Existen medidas de apoyo y participan en la contratación*. Tras la Ley 8/2021, aquellas personas con discapacidad que se encuentren integradas, vía familia o entorno social, ya cuentan, probablemente, con una asistencia que les complementa su carencia en la capacidad de contratar. Si la contratación de consumo se efectúa con la intervención de dichas medidas de apoyo, no hay problema: la validez de los contratos suscritos es incuestionable. (3) *Existen medidas de apoyo, tienen facultades representativas que incluyen toda gestión y disposición patrimonial y no participan en la contratación*. Es el único supuesto en que a la persona con discapacidad ya no se le aplica la presunción de capacidad plena. Al tener adjudicadas medidas de apoyo con facultades representativas -incluyendo específicamente, todo el ámbito patrimonial de gestión y disposición- las prestadoras de apoyo cuentan con toda maniobrabilidad a la hora de deshacer las operaciones que puedan resultar perjudiciales para la persona con discapacidad que ha actuado sin ellas. (4) *Existen medidas de apoyo, no tienen facultades representativas y no participan en la contratación*. Cuando la contratación de consumo se efectúa sin la intervención de estos prestadores de las medidas de apoyo y, por lo tanto, su seguimiento tiene lugar *a posteriori* -la casuística más común en la contratación a distancia o en los contratos de consumo menores, por resultar imposible *de facto* un control

férreo e incesante- existen cuestiones que precisan de respuesta: ¿Pueden los prestadores de apoyo, en dicha hipótesis, atacar la validez de lo contratado por el consumidor vulnerable con discapacidad? ¿Ostentan legitimación, pues, para interesar la posible ineficacia del contrato por motivo de la discapacidad? ¿El régimen de anulabilidad previsto en el Código civil y el de desistimiento unilateral consignado en la normativa de consumo son eficaces, en tales supuestos, para garantizar la protección del consumidor vulnerable? ¿Existen, actualmente, medidas no judiciales para tratar de resolver dichos conflictos en el ámbito del consumo?

Teniendo en cuenta que los tres primeros escenarios quedan descartados del presente análisis porque ya se contempla una respuesta en el ordenamiento para la realidad que encarnan (porque no existen medidas de apoyo; porque existen y participan en la suscripción del contrato en cuestión; o porque existiendo y no participando ostentan la representación de la persona con discapacidad y pueden, por tanto, deshacer los actos perjudiciales que ésta ha realizado), al estudio del cuarto escenario se dedican las siguientes páginas.

2. Las medidas de apoyo sin facultades representativas en el régimen de anulabilidad del Código civil (arts. 1301 y 1302).

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 el régimen general de eficacia e ineficacia de los contratos celebrados por una persona con discapacidad se ha visto alterado⁴⁸. Ahora se han colocado en el centro sus intereses como parte contratante: se ha reestructurado el elenco de causas para instar la anulación del contrato suscrito y, por ende, el de los sujetos legitimados para ello. Así, aunque, en principio, la causa que justifica la anulabilidad del contrato otorgado por la persona con discapacidad es clara -la no intervención de las medidas de apoyo cuando éstas existen (ya sean voluntarias o judiciales), conforme al art. 1301 del Código civil-, del art. 1302.3.I y II del Código se concluye un esquema de legitimación un tanto confuso; pues, dependiendo del sujeto que solicite la nulidad, varían, incluso, los requisitos para el ejercicio de la acción. Al amparo de este precepto se pueden distinguir dos escenarios posibles:

A) Cuando la propia persona con discapacidad ejercita la acción de nulidad, con o sin apoyo -pues se le reconoce plena autonomía para hacer valer la no intervención de su sistema de apoyo-, no es necesario requisito adicional alguno más allá de la premisa general: si en la contratación no ha existido intervención de las medidas de apoyo oportunas, la persona con discapacidad puede solicitar la nulidad del contrato. No se valora su vulnerabilidad a la hora de realizar el contrato, tampoco la existencia de perjuicio económico o provecho para la contraparte.

⁴⁸ A este respecto, véase ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J.: “La capacidad de contratación de las personas con discapacidad: régimen de invalidez”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 22, 2025, pp. 338-367.

La no intervención de las medidas de apoyo es suficiente. Idéntica previsión se establece para cuando los herederos son los legitimados -tras el fallecimiento de la persona con discapacidad y únicamente durante el tiempo que faltara para completar el plazo de cuatro años⁴⁹-. En este escenario, también se aplicará la premisa general y la falta de intervención de las medidas de apoyo será causa suficiente para poder instar; por parte de los herederos, la nulidad del contrato en cuestión⁵⁰.

B) En cambio, cuando la persona a la que hubiera correspondido prestar apoyo es quien pretende solicitar, por sí sola, la nulidad del contrato suscrito por la persona con discapacidad, la premisa general ya no resulta suficiente. Así, a su previa no intervención se le debe adicionar alguno de los siguientes requisitos: (1) que el otro contratante conozca la existencia de la medida de apoyo y haya optado por seguir adelante con la contratación sin la intervención debida, y/o (2) que el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad y haya obtenido por ello una ventaja injusta⁵¹.

49 El art. 1301.4 del Código civil establece que la acción de nulidad caducará a los cuatro años, contando el inicio del plazo desde la celebración del contrato. Así, considera PARRA LUCAN, M^a. Á.: “Contratación y discapacidad”, cit., pp. 339-340, que “de esta forma, el plazo de cuatro años desde la celebración del contrato juega en todos los casos, y no está en función del momento en el que se extingue la medida de apoyo, lo que refuerza la estabilidad de los contratos en detrimento de la protección de la persona con discapacidad”.

50 Parte de la doctrina no comparte esta facilidad concedida, en ambos supuestos, a la persona con discapacidad o a sus herederos; pues, ante la falta de intervención de las medidas de apoyo, basta un cambio de parecer para exigir la nulidad de lo contratado. Se obvian, por completo, los intereses de los terceros de buena fe; pues, sin que medie ningún tipo de descompensación o desequilibrio en el resultado del contrato, la nulidad siempre es posible para una de las partes. Incluso cuando el contrato no resulta perjudicial, la persona con discapacidad puede demandar su ineficacia. Convendría valorar, en este punto, si no resulta contradictorio admitir, por un lado, la igualdad en la capacidad jurídica y, por otro lado, otorgar una facultad tan descompensada únicamente a una de las partes del contrato. El sistema debe asegurar la protección de los colectivos vulnerables, eso es indudable, pero ante la existencia de posibles terceros de buena fe, convendría redimensionar la aplicabilidad de esta causa de nulidad relativa, protectora de acotados intereses particulares. La presunción general de capacidad, la doctrina de los actos propios y la ausencia de perjuicio económico derivado del contrato lo avalarían.

51 Respecto a la inclusión del término ‘ventaja injusta’, recuerda MORENO CASTRO, Y.: “La reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad: la introducción de la ventaja injusta”, en AA.VV.: *La justicia en la sociedad 4.0, nuevos retos para el siglo XXI* (dir. por L. FONTESTAD PORTALES y coord. por F. PÉREZ TORTOSA), Colex, A Coruña, 2023, p. 45, que “sin lugar a duda, los contratos en los que intervienen personas con discapacidad son un escenario en que se torna muy plausible un aprovechamiento por la otra parte, en tanto que la asimetría entre las capacidades naturales de los contratantes, por definición, es innegable. Y, si bien la reforma legal órbita alrededor del principio de autonomía de la voluntad, en los casos en que se produce este aprovechamiento y acontece un resultado materialmente injusto, se da primacía a un interés superior. Precisamente, la ventaja injusta es una institución que integra criterios de justicia sustantiva y de justicia procedimental. Así, es una figura que acontece de gran interés, por la virtualidad que puede tener en los casos que venimos comentando. En estos, nos encontramos ante situaciones grises, en que no puede decirse que la conducta del sujeto que contrata con una persona con discapacidad pueda fundamentar un vicio de la voluntad, pero, sin embargo, existe una actitud de aprovechamiento y esta se traduce en un resultado materialmente desequilibrado”.

Critico con la inclusión de la fórmula legal de la ‘ventaja injusta’, CARRASCO PERERA, Á.: “Contratación por discapacitados”, cit., p. 224, considera que “no existe un nicho de anulabilidad consistente en el ‘aprovechamiento con ventaja injusta’, distinta del dolo *in contrahendo* y de la intimidación. Tampoco describe el tipo de anulabilidad que se corresponde a la contratación de los discapacitados que operan sin contar con los apoyos requeridos, como si exigiera para la anulabilidad que se hubiera causado una ventaja injusta (que se definiera de forma distinta a la simple “lesión”). Ni tampoco impone una condición adicional para que la contratación sin apoyos conduzca a la anulabilidad del contrato”.

En este punto se observa, a diferencia de lo que acontecía antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, que el sistema de apoyo ya no es el principal promotor de la ineficacia del contrato celebrado por la persona con discapacidad. De hecho, su legitimación se limita a supuestos en los que, verdaderamente, se produce un desequilibrio: ya sea porque su intervención ha sido omitida intencionadamente por la contraparte, ya sea porque su falta de intervención acarrea un perjuicio a la persona con discapacidad. Es decir, la vía para instar la nulidad ya no es tan expeditiva, sino que opera bajo causa y prueba⁵². Corresponde al prestador de apoyo probar la concurrencia de, al menos, uno de los dos requisitos para verse legitimado: puede optar por el que prefiera, pues son independientes, pero la carga de la prueba es suya.

Cabe, ahora, cuestionarse si en ciertas prácticas comerciales, como la contratación digital o telefónica, puede existir, con carácter general, un mayor grado de aprovechamiento por parte del empresario. Sosteniendo la respuesta afirmativa, podría, incluso, presumirse dicha ventaja injusta siempre que un consumidor vulnerable, por razón de capacidad, contratase por vías no presenciales. Esto permitiría que los prestadores de las medidas de apoyo pudieran solicitar la ineficacia de lo contratado sin la sobrecarga del elemento probatorio: la contratación se materializaría en unos parámetros que, automáticamente, permitirían considerar la existencia de una ventaja injusta en favor del empresario. El punto de partida mutaría, entonces: todo contrato suscrito a distancia por una persona con discapacidad podría ser anulado por las personas prestadoras de las medidas de apoyo -incluso aunque la persona con discapacidad no mostrase su conformidad- por considerar que, en tales casos, el empresario siempre se beneficia (y nunca se ve perjudicado) de la vulnerabilidad que ostenta la contraparte.

En apoyo de esta línea interpretativa, resulta de interés traer a colación la Directiva 2005/29/CE⁵³ relativa a las prácticas comerciales desleales; que, en su art. 5, establece la prohibición de las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, “el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad”. Se

52 En este sentido, señala GARCÍA RUBIO, M^a.P.: “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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”, *ADC*, enero-marzo 2022, pp. 308 y 309, que “del conjunto de reglas generales sobre contratos afectadas por la reforma, se deduce que el contrato celebrado por una persona con discapacidad prescindiendo del apoyo que tiene, solo puede ser anulado si la contraparte conoce la existencia del apoyo o se aprovecha de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo con ello una ventaja injusta (art. 1302.3 CC). Luego si voluntariamente prescinde o renuncia al apoyo y no se da esa situación de ventaja, el contrato es plenamente válido y eficaz, de suerte que no podrá ser atacado ni por el titular del apoyo omitido, ni por el propio interesado que ha cambiado de opinión; la renuncia al apoyo produce, pues, todos sus efectos”.

53 Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02005L0029-20220528>

reconoce, en cierta medida, la vulnerabilidad adicional que presentan las personas con discapacidad cognitiva frente a ciertos actos comerciales que se definen como desleales⁵⁴. ¿Acaso la contratación digital y telefónica no afectan, de forma directa, al nivel de discernimiento del consumidor que, en muchas ocasiones, no alcanza a dimensionar el verdadero alcance de lo contratado? Si es así, dicha práctica es desleal. Y si es desleal ¿no produce una ventaja injusta a favor del empresario?

El arquetipo es claro: persona con discapacidad cognitiva que a través de una llamada comercial recibe una oferta de su servicio de telefonía⁵⁵. El comercial se gana la confianza del consumidor -afirma que su único interés es mejorar el servicio actual- y ante el volumen de datos escuchados (a los que no se tiene acceso, de forma pausada), la persona con discapacidad se ve superada por la insistencia del comercial y claudica, contrata. Ese es, precisamente, el hándicap que presenta la cada vez más creciente contratación telefónica: se contrata sin leer un documento, sin prestar atención a todas las condiciones que el comercial presenta con destacada velocidad, de forma casi automática. Un contrato en el que las condiciones generales se dictan telefónicamente y el consentimiento se plasma con un mero asentimiento verbal (sí, acepto) a preguntas ya encarriladas por la contraparte interesada. Parejo supuesto al contrato suscrito digitalmente: un email *spam* -con marketing dirigido, cuando no engañoso- da acceso directo a la persona

54 Resulta de interés, la comparativa que efectúa HUALDE MANSO, T.: *Del consumidor informado al consumidor real: el futuro del derecho de consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 51 y ss., en relación al ordenamiento alemán y sus elementos diferenciadores respecto a la Directiva 2005/29/CE (en concreto en el modelo de consumidor vulnerable ante los comportamientos comerciales). Considera que “existen varios puntos de diferencia con la Directiva. El primero de ellos es que mientras para ésta la vulnerabilidad (el vulnerable medio) es un concepto de medida para evaluar el carácter desleal de un comportamiento comercial, la legislación alemana declara desleales aquellas prácticas que puedan aprovecharse de determinados consumidores. Califica directamente de desleal la conducta que se beneficia de las circunstancias especiales de un consumidor. La búsqueda de un beneficio o provecho introduce en el régimen alemán de prácticas desleales un elemento intencional que, aunque en apariencia podría resultar de difícil acreditación, sin embargo, lo único que requiere es que la práctica pueda aprovecharse, bastando por tanto que exista una posibilidad de obtener provecho de una circunstancia personal. Con este enfoque, se evita la ambigüedad en que incurre la Directiva 2005/29 para ceñir y concretar un colectivo vulnerable y directamente fija el foco de atención en la vulnerabilidad individual y en la deslealtad de una práctica con respecto a un solo sujeto. No hace alusión a cómo debe evaluarse una deslealtad ante un consumidor débil, sino que establece en tal caso la deslealtad directamente al observar un provecho probable de tal situación. De esta forma el consumidor vulnerable deja de ser un patrón de medida y pasa a ser un sujeto individual revestido de unas características”.

55 La Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, representó un importante avance en la protección de los derechos de los consumidores en España. Uno de los aspectos más relevantes de esta normativa fue la prohibición de realizar llamadas comerciales sin el consentimiento previo y expreso del usuario, con el objetivo de poner fin a las frecuentes y molestas llamadas no deseadas. En este sentido, el art. 48 de la ley adquiere especial relevancia, al establecer el derecho de los usuarios a preservar su intimidad y privacidad en el uso de los servicios de telecomunicaciones. Esta protección incluye tanto el resguardo de los datos personales como la prohibición de efectuar comunicaciones comerciales no solicitadas. No obstante, a pesar de la claridad de la normativa, su aplicación efectiva resulta deficiente. Las empresas han encontrado fórmulas para sortear estas restricciones. Una de ellas es el consentimiento inadvertido del usuario, que se produce cuando este acepta términos y condiciones al contratar un servicio o participar en una promoción, sin percatarse de que, entre la información, a menudo extensa y redactada en letra pequeña, se incluye la autorización para recibir comunicaciones comerciales. Otra vía utilizada es la invocación del denominado interés legítimo, que permite a las empresas contactar a los antiguos clientes durante los doce meses posteriores a la finalización de la relación comercial, con la finalidad de ofrecer nuevos productos o servicios. Las llamadas comerciales continúan vigentes.

con discapacidad cognitiva a la contratación de un bien o servicio. Tras unos cuantos clics en pantallas con letra minúscula y lenguaje confuso, el consumidor vulnerable perfecciona un contrato. En este caso se puede leer en pantalla lo que se suscribe, pero no hay nadie que ofrezca una explicación sobre ello. Las ayudas que a menudo emergen en la parte derecha de la pantalla son gobernadas por *chatbots*, repletos de respuestas programadas y automáticas. En ambos casos, no ha existido la opción de comprender el trasfondo real del negocio jurídico llevado a cabo, la posibilidad de contrastar si efectivamente se desea contratar o si las condiciones ofertadas resultan beneficiosas. La no presencialidad que implican estas recurrentes vías de contratación eliminan el cotejo de la capacidad de la parte contratante a la que se le ofrece el producto. El comercial o el *chatbot*, no comprueban, *in situ*, la capacidad de la persona a la que tratan de convencer para la suscripción del contrato. Obviamente, a las medidas de apoyo no se les da espacio. El abuso -intencionado o no- del empresario, en este tipo de contratación, es un hecho, una realidad.

Precisamente, por esta clara situación de abuso, la Ley 4/2023, de 27 de abril, del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias⁵⁶ del País Vasco, trata de avanzar en esta línea. Así, en su art. 29 opta por considerar ilícitas las prácticas comerciales agresivas “entendiendo como tales las que puedan limitar la libertad de elección de la persona consumidora y usuaria, en especial de las consideradas vulnerables, mediante la utilización de la coacción, el acoso o la influencia indebida o desproporcionada, con ánimo de captar clientes y comercializar el producto o servicio, a través del teléfono, los medios telemáticos, las visitas a domicilio o cualquier otro medio”. Es decir, concluye que existen formas de contratación que resultan especialmente desventajosas para los consumidores, y en particular, para los vulnerables. Las califica, sin reparos, de ilícitas⁵⁷.

Puede que el régimen general, en consonancia con la Convención de Nueva York de 2006, opte por buscar, en cierta medida, la preservación de lo contratado por las personas con discapacidad; e, incluso, otorgarles mayor protagonismo a la hora de ejercitar la anulabilidad del contrato. Pero no se puede obviar que, para las personas con discapacidad que no reconocen su necesidad real de apoyo, se precisa de herramientas que les garanticen una protección mínima. Y aunque el articulado del Código civil opta por introducir la ventaja injusta como medida de corrección (en ese punto la voluntad de las personas con discapacidad pasa a un segundo plano), la carga de la prueba dificulta la intervención real del prestador de apoyo. A falta de prueba, nada puede hacer el prestador. Es más: ¿cómo puede probarse que ha existido una ventaja injusta, en el contexto de la contratación

⁵⁶ Accesible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-13537

⁵⁷ El mismo Estatuto, opta por regular las ventas a domicilio y las limita. Art. 30.1: “La venta de productos o servicios en el domicilio de la persona consumidora o usuaria que no haya sido solicitada por ésta exige su autorización previa. Dicha autorización deberá obtenerse, al menos, 48 horas antes de la visita de venta”.

telefónica o digital? Prueba diabólica⁵⁸, sin duda. Es lo que tiene, precisamente, la indiferencia. Esto es, que las partes contratantes no se conozcan ni se vean, físicamente, a la hora de contratar. Las tecnologías han liberado a las partes de esa presencialidad y eso, sin duda, ha supuesto un gran avance en el tráfico jurídico, por la agilidad y velocidad que aporta. Pero todo avance acarrea lastres en la contemplación de los derechos de las personas que no se adaptan a las nuevas condiciones vitales. Por este motivo, una interpretación extensiva es necesaria; una pauta de interpretación que parta, en estos casos, de una presunción de la ventaja injusta, cuando la contratación se efectúa por vías (no presenciales) que impiden una correcta asimilación y comprensión del fondo del contrato (como acontece con la contratación digital o telefónica) para las personas con acusada discapacidad cognitiva.

3. Las medidas de apoyo sin facultades representativas en el desistimiento unilateral del ámbito de consumo.

Inexistente. En el Derecho de consumo no se recoge ninguna previsión sobre los prestadores de apoyo de las personas con discapacidad. Se prevé a los consumidores vulnerables -y se entiende que dentro de ese amplio colectivo se encuentran, también, las personas vulnerables por razón de falta de capacidad-; pero nada se dice de aquellas personas llamadas a acompañarlas. Ciertamente, puede que, en muchos casos, dichas medidas ni tan siquiera se hayan dispuesto -situación que agrava, aún más, la vulnerabilidad del consumidor con discapacidad-; pero, en el caso de existir, actualmente, tampoco se contempla una regulación específica: medidas de apoyo o no, el consumidor vulnerable recibe idéntica respuesta.

En efecto, de los dos grandes mecanismos de protección analizados en el apartado anterior -el deber de información y el derecho de desistimiento-, únicamente respecto al segundo cabría plantear un reajuste para el supuesto en que existieran prestadores de apoyo. En otras palabras, la labor de control que ejercen las medidas de apoyo en el marco de la contratación telefónica o digital siempre es posterior; tardío, si se prefiere. Si el consumidor vulnerable que precisa de apoyos opta por excluirlos en el momento de llevar a cabo el contrato, difícilmente podrá el prestador participar o, incluso, tener conocimiento de lo suscrito. Ante esta realidad, la única herramienta efectiva de protección a disposición de quien debe prestar el apoyo, y está llamado a proteger a la persona con discapacidad, es el desistimiento, la ineficacia unilateral de lo ya contratado.

58 La prueba diabólica (*probatio diabólica*) es una expresión doctrinal utilizada para referirse a aquellas situaciones procesales en las que se exige a una persona que demuestre un hecho negativo, es decir, que algo no ha sucedido o no existe. Esta carga probatoria resulta especialmente injusta o desproporcionada, porque probar una ausencia total de hechos o circunstancias puede ser materialmente imposible. De ahí el adjetivo "diabólica", ya que la solicitud puede interpretarse como maliciosa o abusiva.

Ahora bien, si se analiza el articulado completo del TRLGDCU, el único legitimado para el ejercicio del derecho de desistimiento parece ser el consumidor o usuario. No hay duda de que, en el modelo normativo anterior a la Ley 8/2021, el tutor, al representar a la persona incapacitada (anterior art. 267 CC), se encontraba legitimado para ejercitar el desistimiento por ella. Porque, lógicamente, la representación legal que ejercía, conforme al régimen general y avalada por resolución judicial, le permitía sustituir la voluntad de la persona que obraba sin su visto bueno (lo que, en la actualidad, podría trasladarse, en bloque, al curador con facultades representativas). Pero, en el análisis que nos ocupa, para las medidas de apoyo sin facultades representativas la respuesta no parece tan sencilla. A falta de previsión expresa que permita la legitimación de los prestadores de apoyo, lo cierto es que la presunta y plena capacidad contractual de la persona con discapacidad excluye toda posible intervención ajena. Ha de ponerse el acento en un dato relevante: si la persona con discapacidad no tiene adjudicadas medidas de apoyo con facultades representativas, es porque la autoridad judicial no lo ha estimado conveniente, atendido el grado de discapacidad que se presenta. De ahí que se le presuma capaz de contratar y, por tanto, capaz de desistir de lo contratado. Lo que puede ocurrir, en cualquier caso, es que la medida de apoyo no esté ajustada, en todo momento, al grado de discapacidad de la persona que la necesita, y que, por ello, exista contradicción entre el tipo de medida dispuesto y la realidad de la discapacidad que asiste. Si no van ambos de la mano, tampoco está debidamente protegida la persona con discapacidad, sobre todo teniendo en cuenta que los deterioros cognitivos avanzan, con frecuencia, muy rápidamente hacia la pérdida de las facultades más elementales. La autoridad judicial no está en situación, hoy por hoy, de responder, con la deseada celeridad, a todos los avatares que en este *iter* pudieran surgir.

Al igual que acontece en el régimen general de anulabilidad recogido en el Código civil, el protagonismo recae en la voluntad de la persona con discapacidad; de modo que el ejercicio del desistimiento propio del Derecho de consumo también le pertenece en exclusiva a ella, o a lo sumo, compartida con el prestador de apoyo (como mecanismo instrumental que pueda facilitarle su ejercicio). Parece, entonces, que debería descartarse la legitimación individual del prestador de apoyo sin facultades representativas para operar el desistimiento de un contrato de consumo suscrito por la persona con discapacidad. Se daría la paradoja, entonces, de que el prestador podría promover la ineficacia del contrato conforme al art. 1302.3.I y II del Código civil -siempre bajo alguno de los dos presupuestos fijados- y, sin embargo, no podría pujar por el desistimiento para operar dicha ineficacia, en el campo de la contratación de consumo. La ágil herramienta puesta a disposición del consumidor pierde parte de su robustez: cuando el contratante con discapacidad cognitiva y con medidas de apoyo establecidas, no acepta el menoscabo o perjuicio que pudiera acarrearle lo contratado y no está dispuesto

a solicitar el desistimiento, dicha vía de ineficacia desaparece de la ecuación. Al prestador de apoyo solo le resta la compleja anulabilidad como mecanismo protector.

En todo caso, cuestiones de legitimación aparte, dado que los consumidores vulnerables, o sus prestadores de apoyo, pueden tardar más tiempo en detectar posibles errores o abusos en el marco de la contratación de consumo, sería conveniente establecer excepciones que amplíen el plazo de ejercicio de la acción de desistimiento, en las hipótesis en que existan dichas medidas de apoyo o estén en proceso de ser designadas. Así, si la contratación se ha efectuado sin la intervención de los mecanismos protectores cuando éstos ya están previstos (o en vías de serlo), resulta innegable que convendría otorgar un plazo de recapitación más amplio al consumidor vulnerable. Tiempo suficiente para contrastar con su prestador de apoyo y comprender el alcance de los contratado. La decisión de desistir es completamente suya, pero su vulnerabilidad -que afecta directamente a su capacidad para contratar- exige dotarle de un tiempo más dilatado. De hecho, la propuesta no resulta del todo desconocida para el TRLGDCU, pues al igual que acontece con los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por la empresa en el domicilio de la persona consumidora⁵⁹, la normativa podría contemplar la posibilidad de extender el periodo de desistimiento a treinta días para consumidores que cuenten con medidas de apoyo o, sin tenerlas, acrediten procedimientos abiertos al respecto. El plazo de desistimiento puede ampliarse, no es inamovible, y la casuística, en este caso, lo recomienda.

4. Las medidas de apoyo ante la solución extrajudicial de conflictos.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia⁶⁰, en su art. 5.1, incluye como requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda: “acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el art. 2. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar”. En resumen, desde la entrada en vigor de la nueva Ley, el intento de las partes para hallar una solución a la controversia, en vía no jurisdiccional, resulta obligatoria. Es mandado legal que las partes hayan tratado de resolver su conflicto extrajudicialmente.

59 De acuerdo con lo indicado en el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, en el caso de los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por la empresa en el domicilio de la persona consumidora o usuaria o de excursiones organizadas por la empresa con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios, el plazo de desistimiento se amplía a 30 días naturales.

60 Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2025-76>

La cuestión que se abre, a raíz de este precepto -pujando, claramente, por una resolución alternativa de conflictos (MASC)-, radica en determinar si cabría imponer, para el empresario, la obligatoriedad de acudir a un sistema de arbitraje de consumo en beneficio de aquellos consumidores que hayan visto mermados sus intereses; y, además, concluir si cabría legitimar a las medidas de apoyo para activar este mecanismo, en defensa de los intereses del consumidor con discapacidad. Al fin y al cabo, en vista de lo tratado en apartados anteriores, ante la falta de voluntad de la persona con discapacidad para solicitar la ineficacia del contrato suscrito por cualquiera de las vías a su disposición, al prestador de apoyo únicamente le resta la costosa vía jurisdiccional. Al menos, hasta ahora. Con este mandato legal que promueve la solución extrajudicial ¿ha llegado la hora de modificar el criterio de adhesión voluntaria en el arbitraje de consumo?

La resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo encuentra apoyo en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Directiva que pretende garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea el acceso a mecanismos alternativos de resolución de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, eficaces, rápidos y justos)⁶¹. Precisamente, el art. 9 de la Ley 7/2017 es muy claro, en lo que respecta a la voluntariedad: “ninguna de las partes tendrá la obligación de participar en el procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo, excepto cuando una norma especial así lo establezca. En ningún caso la decisión vinculante que ponga fin a un procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial”.

A este respecto, resulta relevante traer a colación la STC II enero 2018⁶², que declara, aparentemente, la inconstitucionalidad de la imposición unilateral del arbitraje por resultar contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así, el Tribunal recuerda que el arbitraje, como mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos, requiere el consentimiento de ambas partes, siendo incompatible con la imposición automática por ley a una sola parte (tal y como acontecía con el art. 76.e) de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, objeto del proceso). Sin embargo, para lo que nos ocupa, destaca otro elemento de sus razonamientos: lo que reviste de inconstitucionalidad la alegada imposición es la falta de mecanismos de revisión del laudo arbitral en cuanto al fondo del asunto. Es decir, al restringirse la opción de presentar recurso contra el laudo emitido,

61 La Ley 7/2017, ampara distintos métodos de resolución alternativa de conflictos y señala los principales aspectos que caracterizan a las fórmulas autocompositivas (mediación y conciliación) y a las fórmulas heterocompositivas (arbitraje). En el presente estudio se analizan las segundas, por el carácter vinculante del laudo. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12659>.

62 STC II enero 2018 (RTC/2018/I).

únicamente, ante posibles tachas formales, el Tribunal Constitucional considera que se vulnera *de facto* la tutela judicial efectiva. Nada se dice en contra de la obligatoriedad del arbitraje: el obstáculo radica, pues, en la irrecurribilidad del laudo⁶³. Y en este punto destacan los votos particulares de la sentencia. Los magistrados XIOL RÍOS, NARVAEZ RODRÍGUEZ y ENRÍQUEZ SANCHO, consideran justificado limitar el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva de las empresas: bajo el mandato del art. 51 de la Constitución Española se puede otorgar a los consumidores -por encontrarse en una posición de inferioridad en la contratación de consumo- el derecho a elegir si desean acudir al arbitraje de consumo o a otra vía de resolución de conflictos (incluida la judicial). Se trataría de reequilibrar su posición. Esta interpretación de los votos particulares salvaría la problemática de la inconstitucionalidad y permitiría la obligatoriedad (para el empresario) del arbitraje de consumo⁶⁴.

En consecuencia, de darse el salto, y en virtud de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 7/2017, cabría la posibilidad de obligar a las partes a participar en procedimientos extrajudiciales -en particular, en un arbitraje de consumo- si una ley especial así lo estableciera. Se debe subrayar que el arbitraje de consumo es clave, porque permite a los consumidores defender sus derechos de manera sencilla, rápida y gratuita. Este sistema es vinculante para ambas partes, lo que asegura que las decisiones se cumplan, y no requiere asistencia legal obligatoria, lo que lo hace accesible para toda la ciudadanía. Al ofrecer un mecanismo de resolución efectivo sin necesidad de acudir a los tribunales, el arbitraje ayuda a los consumidores a resolver sus problemas de forma menos costosa y más directa.

Para los prestadores de apoyo, esta efectividad resulta aún más crucial; pues les concede una rapidez adicional para garantizar la protección del patrimonio de la persona con discapacidad. Las situaciones en las que el conflicto no reviste excesiva relevancia jurídica (como puede ser la ineficacia de la contratación por la no intervención de las medidas de apoyo y clara ventaja injusta del empresario), precisan de herramientas ágiles y no demasiado pesadas ni aparatosas. A modo de ejemplo comparativo, el ordenamiento portugués dispone de un arbitraje de consumo que, aunque potestativo para el consumidor, resulta obligatorio para el

63 En contra de esta línea, reflexiona MARCOS FRANCISCO, D.: "Sistema Arbitral de Consumo algunas propuestas «inteligentes» de lege ferenda", *InDret*, núm. 1, 2024, p. 141; que implantar esta segunda medida, "desnaturalizaría la propia institución arbitral (dado que se privaría al laudo de sus característicos efectos de cosa juzgada, desapareciendo el simple control formal del mismo al ejercitar la acción de anulación, prevista en principio para corregir errores in procedendo y no para revisar el fondo de la controversia), tendría el riesgo de conducir a la ineficiencia del SAC al acabar judicializándose muchos de los asuntos y quedar en «papel mojado» las fundamentales características de agilidad y rapidez, antiformalismo; carácter vinculante, ejecutivo e irrecurrible del laudo; gratuidad o muy bajos costos, equidad, confidencialidad y, por ende, eficacia".

64 A este respecto, ahonda, MARCOS FRANCISCO, D.: "Sistema Arbitral", cit., pp. 138 y ss.

empresario; siempre que la controversia no supere determinada cuantía⁶⁵. Existen inspiraciones, solo se precisa de voluntad política para generar un cambio que dote de mayor efectividad al paradigma actual.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

La figura del consumidor vulnerable, y en especial del que lo es por razón de su discapacidad, plantea desafíos significativos al Derecho de consumo; que aún no ha articulado mecanismos, del todo efectivos, para dar una respuesta integral y adecuada a sus necesidades. Pese a los avances introducidos por la Ley 4/2022 y la Ley 8/2021, persisten lagunas normativas que impiden garantizar una protección real y efectiva para ese importante colectivo en contextos de contratación no presencial (telefónica o digital).

El reconocimiento legal de la vulnerabilidad no puede quedarse en una declaración de principios: debe traducirse en medidas concretas que equilibren la posición jurídica del consumidor con discapacidad frente al empresario. Resulta esencial reforzar el deber de información, adaptar los plazos y condiciones del derecho de desistimiento y otorgar legitimación efectiva a los prestadores de apoyo, todo ello desde un enfoque que respete la voluntad y la autonomía de la persona con discapacidad, sin dejarla desprovista de protección real.

Asimismo, se requiere una reformulación profunda del marco de resolución de conflictos, fomentando un arbitraje de consumo accesible y obligatorio para las empresas en casos de contratación con consumidores vulnerables. Solo mediante una visión proactiva y garantista se logrará una inclusión efectiva de estos colectivos, asegurando su participación plena y segura en el tráfico jurídico y económico, en igualdad de condiciones.

En definitiva, el reto normativo pasa por alinear el Derecho de consumo con el nuevo paradigma de la capacidad jurídica, en coherencia con la Convención de Nueva York y con el mandato constitucional de protección integral de los derechos de todas las personas, en particular de quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

65 BARCELÓ COMPTE, R. y GRAMUNT FOMBUENA, M.: "La propuesta de arbitraje de consumo obligatorio en España: el impulso definitivo al 'acces to justice'", *Revista jurídica de consumidores*, núm. 9, 2021, pp. 13-14, proponen una cuantía de tres mil euros por estar relacionada con el alcance del recurso de apelación establecido por el art. 455.I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "se trata de hacer coincidir la cuantía de las sentencias excluidas del recurso de apelación, con la cuantía de los asuntos sometidos con carácter obligatorio al arbitraje de consumo".

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N.: "Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad, Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección I.^a) de 21 de marzo de 2023", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 123, 2023.

ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J.: "La capacidad de contratación de las personas con discapacidad: régimen de invalidez", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 22, 2025.

BARCELÓ COMPTE, R.: "El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-base a la protección state-based", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022.

BARCELÓ COMPTE, R. y GRAMUNT FOMBUENA, M.: "La propuesta de arbitraje de consumo obligatorio en España: el impulso definitivo al 'acces to justice'", *Revista jurídica de consumidores*, núm. 9, 2021.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios sobre consumo*, núm. 3, 1984.

BUENOSVINOS GONZÁLEZ, H.: "La protección contractual del consumidor: la delimitación del concepto de consumidor y sus efectos en el Derecho contractual", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022.

CALDERÓN MARENCO, E.A.; TORRES BUELVAS, J.E.; GONZÁLEZ RIVERA, T.V.; IBARRA ROSERO, W.D.: "Consent in clickwrap agreements. Spacifications, limitations and proposals concerning the electronic contracting system", *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 31, 2023.

CÁMARA LAPUENTE, S.: *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2018.

CARRASCO PERERA, Á.: "Contratación por discapacitados con y sin apoyos", *Revista CESCO*, núm. 42, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?", *Tribuna del Instituto de Derecho Iberoamericano*, 30 de septiembre de 2021.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "El desistimiento unilateral del contrato", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos, Volumen I* (dir. por A.M. MORALES MORENO y coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ), BOE, Madrid, 2022.

DURÁN ALONSO, S.: "Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: El papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores, especial referencia a la relativa a servicios financieros*, La Ley, Madrid, 2009.

GARCIA RUBIO, M^a. P.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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", *ADC*, enero-marzo 2022.

GARCÍA VICENTE, J. R.: "La contratación en consumidores", en AA.VV.: *Tratado de contratos*, Tomo II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.

HELBERGER, N.; MICKLITZ, H.W.; SAX, M.; STRYCHARZ, J.: "Surveillance, consent and the vulnerable consumer. Regaining citizen agency in the information economy", en AA.VV.: *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets*, BEUC, Bruselas, 2021.

HUALDE MANSO, T.: *Del consumidor informado al consumidor real: el futuro del derecho de consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016.

IMAZ ZUBIAUR, L.: "Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 112, 2018.

LARROSA AMANTE, M. A.: *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MARCOS FRANCISCO, D.:

- “Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección”, *InDret*, núm. 3, 2015.
- “Sistema Arbitral de Consumo algunas propuestas «inteligentes» de lege ferenda”, *InDret*, núm. 1, 2024.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Revista CESCO*, núm. 37, 2021.

MATO PACÍN, M.N.: *Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros*, BOE, Madrid, 2024.

MORENO CASTRO, Y.: “La reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad: la introducción de la ventaja injusta”, en AA.VV.: *La justicia en la sociedad 4.0, nuevos retos para el siglo XXI* (dir. por L. FONTESTAD PORTALÉS y coord. por F. PÉREZ TORTOSA), Colex, A Coruña, 2023.

PARRA LUCÁN, M^a. Á.: “Contratación y discapacidad, la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), vol. 2, tomo 2, Fundación del Notariado, Madrid, 2022.

REYES LÓPEZ, M^a. J.: “La evolución del concepto de consumidor”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022.

RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, Montecorvo, Madrid, 1991.

SANCHO MARTÍNEZ, L.: “Transparencia y abusividad en el contrato de fianza: la situación del fiador consumidor”, *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 7, 2023.

SAX, M. & HELBERGER, N.: “Digital Vulnerability and Manipulation in the Emerging Digital Framework”, en AAVV: *Digital Fairness for Consumers*, BEUC, Bruselas, 2024.

SOSA OLÁN, H.: *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2015.

**¿QUÉ OCURRE CON LA VIDA DIGITAL A LA MUERTE?
DESAFÍOS JURÍDICOS Y PROPUESTAS PARA LA
SUCESIÓN DE BIENES DIGITALES***

***¿WHAT HAPPENS TO DIGITAL LIFE AFTER DEATH? LEGAL
CHALLENGES AND PROPOSALS FOR THE SUCCESSION OF
DIGITAL ASSETS***

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 438-477

Ana ARROYO
MORENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: Este trabajo aborda la problemática de la sucesión de bienes digitales, identificando vacíos legales en el ordenamiento jurídico español y proponiendo soluciones normativas. Se analizan el marco normativo vigente (LO 3/2018 y Ley catalana 10/2017) y respuestas comparadas (EE.UU., Francia, UE). Asimismo, se examinan conflictos jurídicos como la privacidad post mortem y la validez de cláusulas contractuales, formulando propuestas legislativas para garantizar una sucesión digital equilibrada.

PALABRAS CLAVE: Herencia digital; bienes digitales; sucesión *mortis causa*; testamento digital; privacidad *post mortem*; LOPDGDD; albacea digital; derecho comparado; patrimonio digital.

ABSTRACT: *This paper addresses the issue of digital asset succession, identifying legal gaps in the Spanish legal system and proposing regulatory solutions. It analyzes the current legal framework (LO 3/2018 and Catalan Law 10/2017) and comparative responses (USA, France, EU). Additionally, it examines legal conflicts such as post-mortem privacy and the validity of contractual clauses, offering legislative proposals to ensure a balanced approach to digital succession.*

KEY WORDS: *Digital inheritance; digital assets; mortis causa succession; digital will; post-mortem privacy; civil law; data protection; digital executor; comparative law; digital estate.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES DIGITALES.- III. MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA.- 1. Régimen general del Código Civil y lagunas existentes.- 2. Ley Orgánica 3/2018 (LOPDGDD): el testamento digital en la normativa estatal.- 3. Ley 10/2017 de Cataluña: voluntades digitales en el Código Civil catalán.- 4. Síntesis del panorama normativo español.- IV. DERECHO COMPARADO.- 1. Estados Unidos: la ley uniforme RUFADAA y el modelo de fiduciary Access.- 2. Francia: Ley para una República Digital y directivas *post mortem*.- 3. Unión Europea: Carta de Derechos Digitales y líneas de armonización.- V. LA COMPLEJIDAD JURÍDICA DE LA HERENCIA DIGITAL: PROBLEMAS Y PROPUESTAS.- 1. La problemática actual en la sucesión de bienes digitales.- 2. Propuestas para la reforma legal de la sucesión digital.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El vertiginoso auge de la vida digital ha dado lugar a que una parte cada vez más relevante del patrimonio de las personas exista en forma de bienes intangibles en línea: cuentas en redes sociales, activos en la nube, criptomonedas, bibliotecas de música y libros electrónicos, perfiles de servicios digitales, entre otros. Este patrimonio digital tiene un valor económico y sentimental significativo, en la actualidad, por lo que su destino tras el fallecimiento de su titular se ha convertido en una cuestión ineludible para el Derecho sucesorio. Sin embargo, la normativa jurídica no ha evolucionado con la misma rapidez que la tecnología, generándose importantes vacíos legales.

En España, hasta fechas recientes el ordenamiento carecía de previsiones específicas sobre la herencia digital, más allá de los principios generales del Código Civil en materia sucesoria. La pregunta sobre el destino *post mortem* de los contenidos digitales acumulados por una persona requiere respuestas matizadas que eviten simplismos. No obstante, como se estudiará en este trabajo, la creciente relevancia del tema ha motivado algunas intervenciones normativas pioneras, como la Ley catalana 10/2017¹ o ciertas disposiciones de la Ley Orgánica 3/2018²; y pronunciamientos judiciales emblemáticos en el extranjero³, que han puesto de relieve la necesidad de afrontar esta realidad.

1 Vid. Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-8525>.

2 En este sentido, Vid. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>.

3 Vid. Bundesgerichtshof (BGH), Sentencia de 12 de julio de 2018 (III ZR 183/17, caso Facebook accounts): caso del Tribunal Federal Alemán sobre la herencia de una cuenta de Facebook, y, en este sentido, Vid, GARCIA, U.: "Herencia digital: Comentario a la Sentencia del Bundesgerichtshof alemán de 27.08.2020 (Urteil vom 12.07.2018, Az.: III ZR 183/17)" *Derecom: Revista Internacional de Derecho de la Comunicación y las Nuevas Tecnologías*, núm. 15, 2021.

• Ana Arroyo Moreno

Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Almería. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-9083-7888>. Correo electrónico: anaarroyo@ual.es.

En este artículo se analizará el concepto y tipología de los bienes digitales susceptibles de sucesión, para delimitar qué integra el caudal hereditario en el mundo virtual. Seguidamente, se examinará el marco normativo español existente, haciendo especial referencia a las referenciadas: Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y garantía de derechos digitales, y a la pionera Ley 10/2017 de Cataluña; y se contrastará con las soluciones de Derecho comparado en ordenamientos como el de Estados Unidos (RUFADAA⁴) o Francia (Ley para una República Digital⁵), así como con las recientes iniciativas europeas en materia de derechos digitales⁶. Sobre esa base, se identificarán los problemas jurídicos actuales: lagunas normativas, tensiones entre privacidad y derechos sucesorios, restricciones contractuales impuestas por los proveedores de servicios, etc, para finalmente proponer una serie de reformas regulatorias claras que faciliten la gestión del patrimonio digital mortis causa, respetando al mismo tiempo la voluntad del difunto y los derechos de terceros.

El objetivo es ofrecer un estudio doctrinal riguroso y actualizado que sirva de orientación en la configuración de un régimen jurídico integral de la sucesión de bienes digitales en nuestro ordenamiento, colmando los vacíos detectados y armonizando intereses en juego. La relevancia práctica del tema es manifiesta: se estima, por ejemplo, que ya en 2014 existían alrededor de 30 millones de perfiles de Facebook pertenecientes a usuarios fallecidos, permaneciendo en un limbo jurídico a falta de disposición testamentaria específica. Este dato, que irá en aumento en los próximos años, reabre el debate sobre la necesidad de adaptar nuestras leyes a la era digital⁷. En las secciones que siguen, abordamos dicho debate desde una perspectiva doctrinal y propositiva.

II. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES DIGITALES.

Antes de examinar la regulación, es imprescindible acotar qué debe entenderse por bienes digitales en el contexto sucesorio. En términos generales, pueden definirse como el conjunto de activos intangibles de naturaleza digital vinculados a una persona, incluyendo tanto elementos con contenido patrimonial económico, como aquellos de carácter personal o extrapatrimonial. Se trata de contenidos o recursos digitales que una persona genera, adquiere o acumula durante su vida y

4 Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA), USA, 2015. https://www.akleg.gov/basis/get_documents.asp?session=30&docid=16178.

5 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (Francia). <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033202746/>.

6 Declaración Europea de Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (UE, 2022). European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade 2023/C 23/01. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOC_2023_023_R_0001.

7 GONZÁLEZ, D.: "Facebook es un tanatorio con 30 millones de muertos", *La Sexta – TecnoXplora*, (2014), 21 de mayo: (artículo periodístico citando cifras de perfiles de fallecidos en Facebook y planteando los desafíos legales que ello supone, ilustrativo del problema social emergente): "Como señalaba la prensa ya hace años, la legislación "siempre va por detrás de las nuevas tecnologías" al plantearse interrogantes".

sobre los cuales ostenta algún tipo de derecho, interés o facultad de disposición, por ejemplo, la titularidad de una cuenta, una licencia de uso, un saldo económico, etc.

La doctrina⁸ advierte que no conviene adoptar una noción excesivamente amplia y omnicomprensiva de contenido digital sin distinguir categorías, tal como hace de forma vaga el art. 96 de la citada LOPDGGD⁹, al referirse genéricamente a los contenidos digitales gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información¹⁰. Por el contrario, es necesario diferenciar entre bienes digitales propiamente dichos y servicios digitales, así como entre las distintas clases de bienes digitales, pues de ello dependerá qué efectos sucesorios puedan atribuirse a cada uno. En una primera aproximación, cabe proponer la siguiente clasificación básica:

Bienes digitales de naturaleza patrimonial económica: Son aquellos activos digitales susceptibles de valoración pecuniaria, que integran el patrimonio del causante y, en principio, forman parte del caudal relicto heredable¹¹. Aquí se englobarían, entre otros: las criptomonedas y tokens digitales con valor de mercado; los saldos en monederos electrónicos o cuentas de pago en línea, ej. cuentas de PayPal, cuentas de inversión en plataformas fintech; las participaciones en negocios digitales; los ingresos devengados por actividades en línea: publicidad en un canal de YouTube, ventas en tiendas virtuales, etc.; los nombres de dominio de Internet de titularidad del difunto; las carteras de productos y servicios digitales contratados, por ejemplo, bibliotecas de libros, música o películas adquiridas en formato digital, siempre que no sean meras licencias personales intransferibles; así como cualquier otro derecho de contenido económico ligado al entorno digital. Desde la perspectiva del Derecho civil patrimonial, estos bienes, en cuanto valubles en dinero, deben considerarse objetos de derecho transmisibles mortis causa, salvo que exista alguna causa legal de extinción por muerte. De hecho, se ha sostenido que los bienes digitales que sean susceptibles de valoración económica formarán parte del caudal relicto del fallecido, del mismo modo que lo harían sus bienes materiales tradicionales¹².

8 En este sentido, Vid. OTERO CRESPO, M.: "La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española", *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 4, 2019, pp. 89-133.

9 Vid. Art. 96. Derecho al testamento digital de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

10 En este sentido, también Vid. CÁMARA LAPUENTE, S.: "La propuesta de Carta de Derechos Digitales: reflexiones de Derecho privado y técnica legislativa", *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm. 7, 2020.

11 PALANCO CÁRDENAS, C.: "La transmisión por causa de muerte del patrimonio digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extraordinario 20, 2024, pp. 642-661.

12 En este sentido, Vid. CÁMARA LAPUENTE, S.: "La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: Una aproximación", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 84, 2019, pp. 138-144. Este autor sostiene que los bienes digitales con valor económico deben integrarse en el caudal hereditario, al igual que los bienes materiales tradicionales. El autor argumenta que, desde la perspectiva del Derecho

Bienes digitales de naturaleza extrapatrimonial (personal): Son aquellos que, aun existiendo en forma digital, están estrechamente vinculados a la personalidad del difunto o a su privacidad, careciendo de un valor de mercado directo. Su importancia radica más bien en el contenido personal, emocional o social que representan. En este grupo se incluyen, típicamente: los mensajes de correo electrónico y comunicaciones privadas: chats, mensajería instantánea del difunto; sus perfiles y cuentas en redes sociales: Facebook, Twitter, Instagram, etc., y el contenido publicado en ellas: fotografías, publicaciones, comentarios; los archivos personales almacenados en la nube: documentos, fotos, vídeos de carácter familiar o íntimo; los historiales y datos personales en aplicaciones, por ejemplo, registros de actividad en apps de salud o deporte; e incluso elementos como los avatares o identidades en comunidades virtuales y videojuegos en línea.

Estos bienes digitales de carácter personalísimo plantean dudas sobre su consideración jurídica: no son propiedad en un sentido clásico, sino prolongaciones de la personalidad y la intimidad del difunto¹³. Por regla general, los derechos de la personalidad: honor, intimidad, propia imagen se extinguen con la muerte de su titular, no habiendo una verdadera transmisión hereditaria de los mismos, sino, en todo caso, mecanismos de protección *post mortem* de la persona fallecida a través de sus allegados.

En consecuencia, muchos de estos bienes digitales extrapatrimoniales no entrarían en la herencia en sentido estricto; no obstante, pueden ser objeto de ciertas facultades de los herederos o personas designadas, dirigidas a salvaguardar la memoria del difunto o a cumplir su voluntad respecto al destino de dichos contenidos, por ejemplo, borrar o memorializar un perfil social, extraer fotografías familiares, etc. La línea divisoria no siempre es nítida, pues algunos datos personales del fallecido pueden tener implicaciones patrimoniales¹⁴, lo cual entrelaza lo sucesorio con lo relativo a la privacidad. También existen bienes digitales de contenido mixto: pensemos en un blog personal monetizado, que combina un valor económico: ingresos por publicidad con un contenido personal.

Una clasificación doctrinal frecuentemente citada distingue entre activos digitales patrimoniales y activos digitales extrapatrimoniales, reconociendo que solo los primeros forman parte del haber hereditario en sentido estricto, mientras que los segundos, al carecer de valor económico, no se transmiten a título de herencia, aunque sí puedan ser objeto de encargos o voluntades mortis causa. No obstante, desde una perspectiva funcional, ambos tipos de bienes requieren algún

civil patrimonial, estos bienes, en cuanto valüables en dinero, deben considerarse objetos de derecho transmisibles mortis causa, salvo que exista alguna causa legal de extinción por muerte.

13 Vid. CAMARA LAPUENTE, S.: "La sucesión", cit., pp. 138-144.

14 v.gr. un listado de contactos o clientes podría tener valor económico, una cuenta de una red social puede repercutir en ingresos publicitarios si era influencer, etc.

tratamiento legal tras el fallecimiento: los patrimoniales, para asegurar su efectiva transmisión a los herederos; los personales, para determinar quién y en qué medida podrá acceder, gestionar o eliminar esos contenidos digitales del difunto. De ahí que algunos autores¹⁵ hablen de “herencia digital en sentido amplio”, comprensiva tanto del patrimonio digital transmisible como de la faceta personal y memorística de la presencia en línea del causante¹⁶.

En cualquier caso, es vital delimitar el objeto de la sucesión digital con claridad. Cabe preguntarse, en esencia, ¿qué bienes inmateriales, en formato digital, integran el caudal relicto?: Una posición simplista afirma que “la herencia analógica y la digital es exactamente la misma”¹⁷, en el sentido de que no habría diferencias jurídicas de fondo y solo existiría una única herencia que abarca todos los bienes del difunto, sean físicos o digitales. Si bien esta afirmación tiene parte de verdad, pues el fenómeno sucesorio sigue siendo uno solo, merece muchos matices¹⁸.

El formato digital de ciertos bienes introduce peculiaridades en cuanto a su titularidad, transmisibilidad, accesibilidad y valoración, que obligan a repensar su tratamiento legal. Por ejemplo, muchos contenidos digitales están sujetos a licencias de uso personal e intransferible, piénsese en las colecciones de música o libros electrónicos ligadas a una cuenta personal, lo que podría impedir considerarlos como bienes hereditables en sentido estricto. De igual modo, el carácter confidencial de las comunicaciones electrónicas plantea límites a su posible herencia: nadie esperaría que todas las conversaciones privadas de una persona se leguen automáticamente a sus herederos, del mismo modo que se hereda una caja de cartas, por cuanto las comunicaciones digitales de toda una vida configuran un rastro muchísimo más amplio e íntimo que las cartas físicas que alguien pudo conservar¹⁹.

Así las cosas, parece más adecuado hablar de patrimonio digital de la persona fallecida, como género que comprende distintas categorías de bienes y derechos, antes que asumir que todos ellos quedan subsumidos sin distinción bajo las reglas tradicionales. En efecto, al abordar los bienes digitales en la sucesión, deberán conjugarse principios del Derecho de sucesiones con normas de otras ramas: protección de datos personales, propiedad intelectual, telecomunicaciones,

15 Vid. En este sentido, MORATALLA ESCUDERO, J. R.: “La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital”, *Revista de derecho actual*, núm. 1, 2016, pp. 227-233.

16 Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el derecho español”, *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 4, núm. 14, 2019, pp. 77-121.

17 MORETÓN SANZ, M^a, F.: “La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio online sobre voluntades digitales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, 2023, pp.1797-1831.

18 Vid. CAMARA LAPUENTE, S.: ob. cit., “La sucesión”, cit., pp. 138-144.

19 SANTOS MORÓN, M^a, F.: “La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.10, núm. 1, 2018, pp.413-438.

contratos de servicios, etc., en función de la naturaleza de cada activo. En ciertos supuestos prevalecerá la lógica sucesoria patrimonial: transmisión de un derecho económico al heredero; en otros, la lógica de la privacidad y la voluntad del difunto respecto a sus datos, por ejemplo, mantener la confidencialidad de correspondencia sensible; en otros más, incidirán normas de propiedad intelectual: obras digitales inéditas que el autor fallecido deja en la nube o de secreto de las comunicaciones. Esta concurrencia de regímenes jurídicos hace especialmente compleja la materia.

En síntesis, los bienes digitales susceptibles de tener relevancia mortis causa comprenden un espectro muy amplio. De un lado, activos digitales con contenido económico, que deben asimilarse, en principio, a bienes hereditarios convencionales, salvo pacto o disposición en contrario en los términos de uso, cuestión que abordaremos. De otro, contenidos digitales personales o intransmisibles, sobre los cuales no hay herederos en sentido estricto, pero cuya gestión tras la muerte plantea igualmente problemas jurídicos que el ordenamiento debe resolver: ¿quién y cómo puede acceder a ellos, conservarlos o suprimirlos. En palabras de un autor²⁰, “lo iusfundamental y lo sucesorio se verán entrelazados” en la sucesión digital, pues confluyen la vertiente personal: derechos fundamentales del difunto, privacidad y la vertiente patrimonial: activos de valor económico. De ahí la necesidad de articular soluciones legales específicas que proporcionen seguridad jurídica tanto a los titulares, en vida, como a sus herederos y allegados, tras la muerte.

III. MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA.

I. Régimen general del Código Civil y lagunas existentes.

El punto de partida del Derecho común español es la regulación general del Código Civil sobre la sucesión mortis causa. El art. 659 del Código Civil establece que “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”. En virtud de este precepto, cualquier bien o derecho del causante transmisible inter vivos y no personalísimo pasará a sus herederos cuando aquel fallezca.

En teoría, muchos activos digitales patrimoniales encajarían en esta definición amplia de herencia: por ejemplo, el saldo de una cuenta bancaria en línea, una cartera de criptomonedas, cuyos códigos de acceso se consideren como la clave para disponer de un bien patrimonial, o incluso ingresos devengados por el difunto en plataformas digitales pendientes de cobro, serían bienes integrados en la herencia. Asimismo, podrían caer bajo “derechos y obligaciones” transmisibles ciertos contratos de servicios digitales de los que era parte el difunto: contratos

20 Vid. CAMARA LAPUENTE, S.: “La sucesión”, cit., pp. 138-144.

de suministro de servicios en la nube, suscripciones, etc., en la medida en que no se extingan con la muerte según su propia naturaleza o cláusulas.

No obstante, la aplicación del Código Civil a los bienes digitales encuentra límites e incertidumbres. En primer lugar, muchos de esos bienes no están reconocidos expresamente como objetos de derecho en nuestra legislación: ¿una cuenta de correo electrónico o un perfil de Facebook es un bien o derecho hereditario? Podría argumentarse que sí lo es, en cuanto conjunto de facultades de uso que el difunto tenía sobre una plataforma; pero también cabría decir que se trata de una relación contractual personalísima entre el usuario y la compañía proveedora²¹, extingible por muerte²².

En segundo lugar, ciertos derechos asociados a la persona, como el derecho a la intimidad de su correspondencia se extinguen con el fallecimiento y por tanto no podrían ser ejercidos por los herederos, aunque estos tengan interés en el contenido de esa correspondencia. Esto genera una tensión entre el principio general sucesorio y otros principios como la protección de la privacidad *post mortem*. En la práctica, hasta fechas recientes, los herederos que deseaban acceder a cuentas o archivos digitales de un difunto en España se encontraban en terreno resbaladizo: el Código Civil nada decía, y debían negociar con cada proveedor o iniciar acciones judiciales novedosas para reclamar ese acceso, con resultados inciertos²³.

Ante esta situación, el legislador español ha comenzado a dar pasos puntuales para llenar el vacío. Existen actualmente dos focos normativos principales en nuestro país relativos a la sucesión de bienes digitales: las disposiciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre ²⁴(en lo sucesivo, LOPDGD), que en su Título X reconocen ciertos derechos y facultades sobre los datos y contenidos digitales de personas fallecidas a sus herederos y allegados; y la Ley 10/2017, de 27 de junio, de Cataluña²⁵, específica sobre voluntades digitales, que fue la primera norma española en abordar de manera integral la sucesión digital en el ámbito del derecho civil catalán. Analizaremos ambos desarrollos por separado, dada su diferente naturaleza: uno inserto en una ley estatal de protección de datos; el otro, una ley civil autonómica.

21 Vid. CUCURULL POBLET, T.: "La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)", *Revista de Derecho Civil*, vol.9, núm. 2, 2022, pp. 313-338.

22 En este sentido, Vid. SANTOS MORÓN, M.ª, F.: "La denominada", cit., pp. 413-438.

23 Vid. En este sentido, ROSALES DE SALAMANCA, F.: "Testamento digital", (coord. por R. OLIVA LEÓN, S. VALERO BARCELO), 2016, pp. 26-38.

24 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>.

25 Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-8525>.

2. Ley Orgánica 3/2018 (LOPDGDD): el testamento digital en la normativa estatal.

La Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, supuso, además de la adaptación del ordenamiento español al RGPD europeo²⁶, la incorporación de una serie de derechos digitales novedosos. Entre ellos, el legislador dedicó varias disposiciones a regular qué sucede con los datos personales y contenidos digitales de las personas fallecidas. En particular, los arts. 3 y 96 LOPDGDD abordan esta cuestión, delineando lo que popularmente se ha llamado el derecho al testamento digital.

Conviene sintetizar el régimen establecido en dicha ley orgánica:

Ámbito de aplicación: La LOPDGDD distingue entre datos personales de personas fallecidas, en su art. 3 y contenidos digitales gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información en su art. 96. Los primeros abarcan cualquier información relativa a una persona identificada o identificable que haya muerto, por ejemplo, datos en redes sociales, en ficheros administrativos, historiales médicos, etc.; los segundos se refieren a contenidos posiblemente no amparados por la definición de dato personal estricto (podría incluir archivos, comunicaciones, etc., aunque en la práctica hay solapamiento). En todo caso, el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) dejó a los Estados miembros la facultad de regular el tratamiento de datos de personas fallecidas²⁷ ya que el reglamento no se aplica a éstos. España aprovechó dicha habilitación para establecer un régimen específico en la LOPDGDD.

Legitimados para actuar: La LOPDGDD originalmente, en el proyecto de ley, circunscribió la legitimación para actuar sobre los datos del fallecido a los herederos, albaceas o personas designadas expresamente por aquel. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria esta legitimación se amplió de forma notable, incluyendo finalmente también a las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”²⁸. Es decir, no solo familiares directos, sino incluso convivientes o amigos íntimos podrían ejercer las facultades que otorga la ley, sin preferencia clara entre ellos en el notario.es. Esta ampliación ha sido criticada por la doctrina, por considerar que permite el acceso a datos muy sensibles a un número

26 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Este reglamento es de aplicación directa en todos los Estados miembros de la UE desde el 25 de mayo de 2018 y constituye el marco legal principal en materia de protección de datos personales en Europa. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

27 Vid. En este sentido, considerando 27 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

28 Vid. Art. 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>.

excesivamente amplio de sujetos, con riesgo de conflictos y de intromisiones en la privacidad del difunto. Se echa en falta un orden de prelación, por ejemplo, dar preferencia al cónyuge supérstite o a los hijos antes que, a otros allegados y una mayor concreción, pues la ley equipara a todos los “vinculados” sin distinción. Como veremos, el Derecho comparado es más restrictivo en este punto, limitando normalmente la legitimación a herederos o representantes designados.

Facultades reconocidas: Según la LOPDGDD, “los herederos y personas vinculadas” podrán dirigirse a los responsables o encargados de servicios online para solicitar: (a) el acceso a los datos personales del fallecido; (b) su rectificación o supresión; y (c) también podrán dar instrucciones de uso, destino o supresión de los contenidos digitales del difunto²⁹. En otras palabras, la ley les confiere un poder amplio para gestionar la huella digital del finado.

No obstante, la propia norma establece ciertos límites importantes: En primer lugar, si el fallecido dejó instrucciones expresas prohibiendo o limitando el acceso a sus datos, o si así lo prohíbe la ley, entonces los legitimados no podrán acceder a ellos en contra de esa voluntad. En este sentido, la voluntad del difunto prevalece, según el principio de autodeterminación³⁰.

Ahora bien, la ley introduce una salvedad relevante: “dicha prohibición (del difunto) no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante”³¹. Es decir, aunque el fallecido hubiera vetado el acceso a sus datos personales, los herederos siempre podrán acceder a los datos de carácter patrimonial necesarios para gestionar la herencia, por ejemplo, conocer qué cuentas bancarias online tenía, qué facturas electrónicas pendientes dejó, etc.

Esta excepción busca proteger el legítimo interés de los herederos en recabar información económica para liquidar el caudal hereditario, evitando que una prohibición genérica del causante los deje a ciegas sobre sus bienes digitales de valor económico. En cambio, la ley no hace distinción clara respecto a los datos personales o comunicaciones no patrimoniales: en principio, si no hay prohibición expresa del difunto, los legitimados podrían acceder a ellos. La falta de matices en

29 Vid. Art. 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>.

30 El principio de autodeterminación en el ámbito sucesorio se refiere a la facultad de una persona para decidir libremente sobre el destino de sus bienes y derechos tras su fallecimiento, así como sobre el tratamiento de sus datos personales y su legado digital. Este principio se manifiesta en la posibilidad de otorgar testamento, establecer cláusulas específicas y dejar instrucciones sobre la gestión de su herencia y presencia digital *post mortem*.

31 Art. 3.1 de la LOPDGDD, que establece: “1. Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o, de hecho, así como sus herederos, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento con el fin de solicitar el acceso a los datos personales del fallecido y, en su caso, su rectificación o supresión. Sin embargo, dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante, ni a aquellos necesarios para dar cumplimiento a sus deberes como tales”.

esta autorización legal amplia ha sido duramente cuestionada por la doctrina³², que la tacha de “manifiesto exceso que podrá afrentar incluso la dignidad de la persona fallecida”, pues abre la puerta a que terceros revisen aspectos muy íntimos de la vida digital del difunto sin su consentimiento específico.

Designación de representante: La LOPDGDD también prevé que la persona, en vida, pueda designar expresamente a alguien para ejercer estas facultades tras su muerte, o, por el contrario, oponerse a que nadie las ejerza, salvo por motivos patrimoniales, como vimos. Esta designación puede realizarse mediante testamento, mandato inter vivos o instrumento jurídico válido en Derecho. Se trata, en la práctica, de permitir la figura de un albacea digital o un encargado de las voluntades digitales, nombrado por el propio interesado. Si existe tal designación, prevalecerá sobre la actuación de herederos o familiares. Lamentablemente, la ley no desarrolló mucho este punto, limitándose a reconocer su posibilidad.

Especialidades: Para determinados casos la LOPDGDD introduce reglas particulares. Por ejemplo, si el fallecido era menor de edad³³ o persona con discapacidad, las facultades en cuanto a sus datos digitales podrán ejercerse por sus representantes legales, como los padres o tutores. Asimismo, se contempla que los servicios online puedan ser informados del fallecimiento para proceder conforme a sus términos de servicio, por ejemplo, algunas redes sociales convierten el perfil en conmemorativo al saber del óbito.

En resumen, la Ley Orgánica 3/2018 ofrece una primera respuesta legal en España al fenómeno de la herencia digital, aunque desde la óptica de los derechos digitales y la protección de datos, más que desde el Derecho sucesorio clásico. Su enfoque da un acceso relativamente amplio a herederos y allegados, salvo oposición expresa del difunto, lo cual ha generado controversias doctrinales: se critica la ausencia de distinción entre tipos de contenidos patrimoniales vs íntimos, la excesiva amplitud de legitimados para acceder: cualquier familiar o allegado, sin prelación y el potencial conflicto con la voluntad presumible del causante en cuanto a su privacidad. Algunos autores³⁴ han llegado a afirmar que nuestro modelo legal,

32 Vid. CAMARA LAPUENTE, S.: “La sucesión”, cit., pp. 138-144.; CUCURULL POBLET, T.: “La sucesión”, cit., pp. 313-338 y Vid. MARINO, G.: “La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024, pp. 1088-1127: Estos autores coinciden en la necesidad de establecer un equilibrio entre el derecho de los herederos a gestionar el legado digital y la protección de la privacidad y dignidad del fallecido. Proponen que se implementen mecanismos legales que permitan al difunto expresar su voluntad respecto al tratamiento de sus datos personales tras su muerte, y que se respeten estas decisiones para evitar posibles vulneraciones a su intimidad.

33 En este sentido, Vid. BASTANTE GRANELL, V.: “Menor de edad y últimas voluntades digitales/ Minor and last digital wills”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, núm. 4, 2022, pp. 51-135.

34 En este sentido, Vid. DIAZ ALABART, S.: *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Reus, 2020; SANTOS MORÓN, M^a. F.: “La denominada”, cit., pp. 413-438: Estos autores coinciden en que la legislación española, al permitir un acceso amplio a los datos y contenidos digitales del fallecido, sin requerir un consentimiento específico o establecer criterios de prelación claros entre los legitimados, se aparta de las tendencias más restrictivas observadas en otros ordenamientos jurídicos.

tal como quedó en la LOPDGDD, es único por su laxitud en comparación con otros países, donde se establecen restricciones mucho mayores a quién y qué se puede acceder tras la muerte.

Pese a tales críticas, la LOPDGDD representa un avance significativo: por primera vez se reconoce en la legislación española el derecho de los herederos a gestionar el legado digital del difunto, visibilizando la herencia digital como problema jurídico real. Además, refuerza la idea de que la persona puede y debe dejar instrucciones en vida para guiar esa gestión. No es casual que el art. 96 LOPDGDD se refiera en su rúbrica a “derecho al testamento digital”, aunque técnicamente no se trate de un testamento en el sentido notarial tradicional, sino de un conjunto de facultades y actos para disponer del patrimonio digital.

Por último, es importante señalar que la LOPDGDD, al ser ley orgánica en materia de derechos fundamentales, intimidad, protección de datos, se centra en el acceso a datos y contenidos, pero no resuelve otros aspectos civiles de la sucesión digital. Por ejemplo, no determina quién es el titular de un bien digital patrimonial: ¿el heredero automáticamente o depende de los términos contractuales?, ni cómo se valoran esos bienes en la partición hereditaria, ni qué pasa si hay varios herederos y divergencias en el manejo de los perfiles del difunto, etc. Estas cuestiones siguen remitidas al Derecho civil general o, en su caso, a la voluntad del testador.

3. Ley 10/2017 de Cataluña: voluntades digitales en el Código Civil catalán.

Con anterioridad incluso a la LOPDGDD, la Comunidad Autónoma de Cataluña promulgó una normativa pionera en España: la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales³⁵, que modificó los Libros II y IV del Código Civil de Cataluña con el fin de regular el destino de los activos y contenidos digitales tras el fallecimiento. Esta ley foral introdujo en el ordenamiento catalán la figura específica de las voluntades digitales, definiendo mecanismos para que cualquier persona, en el momento de otorgar testamento, u otro documento de últimas voluntades, pueda disponer lo relativo a su patrimonio digital. Cataluña, con competencia en materia de Derecho civil, fue así la primera en afrontar de forma integral la sucesión digital desde la perspectiva patrimonial y personal.

Entre los puntos destacados de la Ley 10/2017 (ahora incorporados al Código Civil de Cataluña, CCCat) cabe mencionar:

Se reconoce expresamente la posibilidad de designar a un “albacea o ejecutor digital”. El testador catalán puede nombrar en testamento, o en documento

35 Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-8525>.

de voluntades digitales ante notario, registro habilitado al efecto a una persona encargada de gestionar sus bienes y cuentas digitales tras su muerte. Esta figura actúa de modo análogo a un albacea testamentario, pero focalizado en los asuntos digitales: cerrar cuentas, transferir archivos a los herederos, ejecutar instrucciones específicas del difunto en el entorno online, etc.

La ley catalana establece que, salvo que el difunto lo autorice expresamente, el albacea o los herederos no podrán acceder al contenido de las comunicaciones electrónicas o archivos privados del causante sin autorización judicial. En concreto, el art. 411-10.6 CCCat dispone que, si el testador no dio su consentimiento en vida, su representante o heredero “no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial”. Esta previsión refleja una mayor protección de la privacidad: impide que incluso el albacea digital lea correos u otros contenidos personales del difunto, a menos que un juez lo considere justificado, por ejemplo, para esclarecer un asunto patrimonial relevante. Es una diferencia notable frente a la LOPDGDD estatal, mucho más permisiva por defecto.

El CCCat distingue entre: a) activos digitales de carácter patrimonial, que se integran en la herencia y se rigen por las reglas sucesorias comunes: transmisión a herederos, etc.; y b) contenido digital personal, respecto del cual la intervención del heredero o albacea se limita a ejecutar la voluntad del difunto o, en defecto de instrucciones, a actos de mera administración: dar de baja perfiles, comunicar el fallecimiento a los prestadores de servicios, etc., siempre respetando la intimidad. De esta forma, se confirma que los bienes de valor económico se heredan igual que cualquier otro bien, mientras que los elementos personales están sujetos a las voluntades digitales que hubiese manifestado el finado o, en su ausencia, a criterios de prudencia y confidencialidad.

La Ley 10/2017 creó asimismo un Registro electrónico de voluntades digitales en Cataluña, adscrito al Departamento de Justicia, donde las personas pueden inscribir sus disposiciones de última voluntad relativas a bienes digitales. Este registro permite, por ejemplo, dejar constancia de las cuentas que uno posee y qué desea que se haga con ellas al fallecer, nombrar un responsable digital, etc., incluso aunque no se formalice en un testamento convencional. La información del registro queda accesible a los herederos y albaceas tras el deceso, facilitando la gestión³⁶.

36 Es importante destacar que algunos preceptos de esta ley, en particular los relacionados con la creación y funcionamiento del registro electrónico de voluntades digitales, fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 7/2019, de 17 de enero, por considerar que invadían competencias exclusivas del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-2033>.

En caso de ausencia de voluntades digitales expresas, el régimen catalán supletorio faculta a los herederos para gestionar razonablemente los bienes digitales del causante, pero con ciertos límites. Por ejemplo, se entiende que los herederos pueden solicitar a los proveedores la cancelación de cuentas del difunto o la obtención de una copia de datos estrictamente necesarios, pero siempre respetando la ley, así, no podrían divulgar datos íntimos o violar secretos de terceros encontrados en las cuentas del fallecido.

La ley catalana, por tanto, adopta una aproximación más conservadora en cuanto a privacidad y más estructurada en cuanto a procedimiento que la normativa estatal. Prioriza la voluntad del causante, limita el acceso al contenido privado sin autorización judicial y crea un cauce formal para recoger dichas voluntades. En cuanto a la eficacia real de esta ley, hay que mencionar que su aplicación se circunscribe a personas sujetas al Derecho civil catalán. Además, inicialmente la Ley 10/2017 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Estado, al alegar posible invasión de competencias y protección de datos, que fue suspendida³⁷. Sin embargo, posteriormente el recurso decayó o se solucionó políticamente, permitiendo la entrada en vigor efectiva de sus preceptos. En cualquier caso, la existencia de esta doble regulación, estatal y catalana, hace que en España coexistan soluciones distintas según el territorio, lo que ha sido calificado como una respuesta plurilegislativa al fenómeno de la sucesión digital.

4. Síntesis del panorama normativo español.

En el estado actual, España cuenta con un marco normativo parcial y disperso sobre los bienes digitales en la sucesión. A nivel nacional, la herencia digital no está regulada en el Código Civil ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil de forma específica; la única norma aplicable directamente, como hemos indicado, es la LOPDGDD (art. 3 y 96), centrada en datos personales y contenidos digitales, que habilita a herederos y allegados a ciertas actuaciones. Complementariamente, en Cataluña existe una regulación civil propia, ya referenciada, que cubre varios aspectos sucesorios materiales. Fuera de Cataluña, los demás Derechos forales (Navarra, Aragón, País Vasco, Galicia, etc.) no han legislado aún de forma explícita sobre esta materia, por lo que rige el Derecho común y la LOPDGDD.

37 El presidente del Gobierno de España interpuso un recurso de inconstitucionalidad (n.º 4751-2017) contra varios preceptos de la Ley 10/2017, de 27 de junio, del Parlamento de Cataluña, sobre voluntades digitales. Este recurso fue presentado el 29 de septiembre de 2017 y admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2017. En virtud del art. 161.2 de la Constitución, la admisión del recurso supuso la suspensión automática de la vigencia de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición (29/09/2017), suspensión que posteriormente sería mantenida por auto del TC de 20 de marzo de 2018. Los preceptos impugnados comprendían el art. 6 (que introducía el art. 411-10.3. b en el Libro IV del Código Civil de Cataluña), el art. 8 (art. 421-24.1 del mismo Libro IV), el art. 10 (disposición adicional tercera del Libro IV), el art. 11 (disposición final quinta del Libro IV) y la disposición final primera de la Ley catalana 10/2017. En esencia, se recurrían aquellas disposiciones relativas a la creación del documento de voluntades digitales en ausencia de testamento y, especialmente, a la creación y regulación de un registro electrónico de voluntades digitales en Cataluña.

Este mosaico normativo deja cuestiones sin resolver y puede generar inseguridad jurídica. Por ejemplo, la validez de las cláusulas contractuales de los proveedores de servicios digitales frente al derecho de herencia no ha sido aclarada por una norma estatal: ¿puede un contrato de usuario estipular la extinción de la cuenta al fallecer, prevaleciendo sobre el art. 659 CC? ¿Debe interpretarse que el heredero se subroga en la posición contractual del difunto, incluso si las condiciones del servicio lo prohíben? Estos interrogantes podrían resolverse por analogía con otros contratos o mediante la aplicación de la buena fe contractual, pero todavía no hay reglas expresas ni jurisprudencia consolidada al respecto en España³⁸. La sentencia alemana de 2018³⁹ sobre Facebook que declaró transmisible la cuenta y nula la cláusula que lo impedía marca un posible camino, pero no es vinculante aquí.

Asimismo, la coordinación entre la LOPDGDD y las normas civiles generales presenta desafíos: por ejemplo, la LOPDGDD permite acceso de allegados que ni siquiera son herederos, lo que choca con el principio de que solo los herederos o legatarios en su caso tienen título para suceder en los bienes del difunto. ¿Podría un amigo del fallecido, amparándose en la LOPDGDD, acceder a sus archivos en la nube incluso si no es heredero ni albacea? La letra de la ley diría que sí: si era una persona con lazos de hecho, pero desde la óptica civil esa persona no tendría derecho a adueñarse de ningún bien resultante. Esta discordancia apunta a la necesidad de integrar mejor ambas facetas: la personal: protección de datos y la patrimonial: transmisión hereditaria⁴⁰.

En definitiva, en España se ha dado un primer paso normativo con la LOPDGDD, reconociendo la problemática y otorgando ciertas facultades a herederos y designados, y en Cataluña se ha ensayado un modelo específico. Sin embargo, persisten vacíos legales importantes: falta un desarrollo con rango de ley ordinaria, no orgánica, en el ámbito civil que regule expresamente la sucesión de bienes digitales, clarificando su naturaleza jurídica, la posibilidad de disposición mortis causa sobre ellos y los límites a la voluntad del particular por razones de orden público. Las secciones siguientes abordarán cómo otros países han encarado

38 En este sentido, Vid. Autores como LLEONART CASTRO, J.: "Algunas cuestiones prácticas sobre la transmisión "mortis causa" del patrimonio digital", *Revista Jurídica del Notariado*, núm.116, 2023, pp. 199-236; CÁMARA LAPUENTE, S.: "La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019, pp. 375-432: Estos autores han señalado que las cláusulas contractuales de los proveedores de servicios digitales, que estipulan la extinción de cuentas al fallecimiento del usuario, pueden entrar en conflicto con el derecho sucesorio español. En particular, se cuestiona si estas cláusulas pueden prevalecer sobre el art. 659 del Código Civil, que establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones del causante.

39 Vid. Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof - BGH), dictada el 12 de julio de 2018, conocida como el caso "Facebook Accounts". Bundesgerichtshof (BGH), Sentencia de 12 de julio de 2018, III ZR 183/17.

40 Vid. OTERO CRESPO, M.: "La sucesión", cit., pp. 89-133. Esta autora señala que la norma amplía el acceso a datos personales más allá del círculo de herederos legales, lo que puede generar situaciones problemáticas desde el punto de vista del Derecho Civil clásico; Vid. CUCURULL POBLET, T.: "Más allá de lo tangible: la herencia de los activos digitales", *Claves Jurídicas*, núm. 1, 2024, pp. 49-67.

estos retos y qué problemas concretos se están presentando en la práctica, para luego formular propuestas de mejora del marco español.

IV. DERECHO COMPARADO.

El fenómeno de la herencia digital ha motivado respuestas diversas en otros ordenamientos. A continuación, analizaremos brevemente la regulación o enfoques en Estados Unidos, Francia y a nivel de la Unión Europea, que ofrecen modelos útiles de comparación⁴¹. Veremos que, en general, la tendencia comparada es a dar prevalencia a la voluntad del causante: lo que él haya dispuesto respecto a sus bienes digitales y, en caso de falta de instrucciones, permitir solo un acceso limitado a los herederos o fiduciarios, ponderando la privacidad. Ninguno de los ordenamientos estudiados opta por una apertura tan amplia como la que establece la LOPDGDD española en defecto de voluntad del difunto.

I. Estados Unidos: la ley uniforme RUFADAA y el modelo de fiduciary Access.

En Estados Unidos, la regulación de los activos digitales *post mortem* ha sido impulsada principalmente a nivel estatal a través de una ley uniforme: la Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA), aprobada por la Uniform Law Commission en 2015⁴². Esta ley modelo, que ha sido adoptada, con ligeras variaciones, por la gran mayoría de los estados de la Unión, establece un marco para que los representantes fiduciarios, tales como albaceas testamentarios, administradores de herencias, tutores o apoderados, puedan acceder a los activos digitales del causante, bajo ciertas condiciones y respetando la privacidad del difunto.

Los rasgos principales de RUFADAA son los siguientes⁴³:

Prioridad de la voluntad del usuario: Si el usuario, en vida, utilizó una herramienta de disposición en línea proporcionada por el servicio, por ejemplo, el contacto legado de Facebook, o el gestor de cuentas inactivas de Google, para indicar qué hacer con su cuenta al morir, esa indicación prevalece sobre cualquier otra consideración. Igualmente, si dejó instrucciones en su testamento u otro documento legal sobre sus activos digitales, se respetarán. Este principio refleja

41 En este sentido, Vid. CHRISTANDL, G.: "La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales", en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ) Thomson-Aranzadi, 2019, pp. 213-221.

42 Fiduciary Access to Digital Assets Act, Revised. <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecd22>.

43 Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. nota a la ley modelo americana sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.15, 2015, pp. 7-24.

la máxima de dar prevalencia a la voluntad del causante respecto al destino de su patrimonio digital⁴⁴.

Acceso por defecto limitado: En ausencia de instrucciones expresas, RUFADAA distingue entre contenido de comunicaciones electrónicas y otros activos digitales. Para las comunicaciones: emails, mensajes privados, el proveedor solo entregará al fiduciario un catálogo de comunicaciones, es decir, información básica: remitentes, destinatarios, fechas, pero no el contenido de las mismas, salvo que el difunto lo hubiera consentido o que el fiduciario obtenga una orden judicial. Esta limitación protege la confidencialidad de las comunicaciones. En cuanto a otros activos digitales: archivos almacenados, cuentas financieras en línea, etc., el fiduciario puede obtener acceso completo si es necesario para sus funciones, pero siempre sujeto a posibles restricciones de la ley federal, por ejemplo, la Electronic Communications Privacy Act⁴⁴ y a los términos de servicio en la medida en que no contradigan la ley. En resumen, por defecto el acceso del albacea o administrador no es absoluto ni automático, sino que está circunscrito a lo necesario para administrar el patrimonio, evitando intromisiones en la correspondencia privada del difunto.

Respeto de la privacidad y terceros: RUFADAA fue diseñada teniendo en mente las preocupaciones de privacidad tanto del difunto como de quienes se comunicaron con él. Por eso, no autoriza a leer contenidos de comunicaciones sin consentimiento claro. Además, permite a los proveedores exigir al fiduciario pruebas de su autoridad como certificado de designación, etc.; y filtrar información cuya divulgación pueda vulnerar derechos de terceros.

No prevalencia automática de Términos de servicio: Un aspecto importante es que RUFADAA, en general, evita que las cláusulas contractuales de no transferencia impidan el acceso del fiduciario. Si bien respeta la posibilidad de que el usuario en vida haya aceptado ciertas condiciones, la ley confiere al albacea facultades legales que no pueden ser anuladas totalmente por un contrato de adhesión. Esto aborda un problema práctico: muchas empresas tecnológicas denegaban acceso citando sus Términos de Uso. Con RUFADAA, el representante tiene un derecho reconocido a solicitar los activos, y la empresa debe cooperar en la medida que la ley lo exige.

El modelo norteamericano, por tanto, se basa en la figura del fiduciario: el equivalente a nuestro albacea o administrador de la herencia, que actúa en beneficio

44 La Electronic Communications Privacy Act (ECPA) es una ley federal de los Estados Unidos promulgada en 1986. Su propósito principal es regular la interceptación y acceso a las comunicaciones electrónicas y datos almacenados. La ECPA se ha convertido en una normativa fundamental para la protección de la privacidad en el entorno digital estadounidense, especialmente relevante en casos de acceso a datos de personas fallecidas.

de los herederos, pero con limitaciones claras si el difunto no dejó consentimiento para revelar ciertos contenidos. Este equilibrio surgió tras experiencias conflictivas, como casos sonados en que padres no podían acceder al correo de sus hijos fallecidos en accidentes, o disputas por cuentas de redes sociales⁴⁵, y tras una primera versión de ley (UFADAA 2014⁴⁶) que fue considerada demasiado amplia por los proveedores. RUFADAA representó un compromiso entre los intereses sucesorios y la industria tecnológica.

En la práctica, a día de hoy más de 45 estados han adoptado alguna forma de RUFADAA. Por ejemplo, California la implementó en 2016, Nueva York en 2017, etc⁴⁷. Ello significa que, en la mayor parte de EE.UU., si alguien fallece, su albacea puede, por ejemplo, requerir a Facebook o Google cierta información de las cuentas del difunto, pero probablemente no podrá leer sus mensajes privados a menos que haya constancia de consentimiento. Este modelo de acceso limitado ha sido valorado positivamente por encontrar un punto medio entre la opacidad absoluta y el acceso irrestricto. Como síntesis: en EE.UU. se da primacía a la voluntad del fallecido sobre sus activos digitales, y si esta no consta, se concede al albacea acceso solo parcial, limitado a un catálogo de comunicaciones u otros datos necesarios. Quien no esté conforme con este esquema puede dejar claras instrucciones en vida, mediante testamento o usando las herramientas específicas de cada plataforma, para permitir o denegar accesos concretos.

2. Francia: Ley para una República Digital y directivas *post mortem*.

Francia abordó el tema a través de la Loi núm. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique⁴⁸, la cual incluyó disposiciones relativas al destino de los datos personales tras el fallecimiento. Esta ley, conocida como “Loi Lemaire”, modificó la normativa francesa de protección de datos añadiendo un art. 40-I, que consagra el derecho de las personas a definir directrices sobre la conservación, borrado y comunicación de sus datos personales después de su muerte. En esencia, la legislación francesa establece⁴⁹:

45 Vid. GONZÁLEZ SOLÓRZANO, G.: “El impacto de las redes sociales en el derecho sucesorio ecuatoriano y a nivel internacional”, en *Nuevas tecnologías aplicadas a las ciencias*, 2024, pp. 203-208.

46 Uniform Law Commission (ULC), Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (UFADAA) (2014). Disponible en el sitio oficial de la Uniform Law Commission: Uniform Law Commission - UFADAA. <https://www.uniformlaws.org/home>.

47 Uniform Law Commission (ULC), Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA) (2015). Disponible en: <https://www.uniformlaws.org>: La RUFADAA ha sido adoptada en más de 45 estados, incluyendo California (2016) y Nueva York (2017), proporcionando un modelo que permite a los fiduciarios solicitar acceso limitado a los activos digitales del fallecido.

48 LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033202746/>.

49 Vid, en este sentido, GONZÁLEZ MENDOZA, D. P.: “Los perfiles digitales después de la muerte, una perspectiva europea”, *Estudios en derecho a la información*, núm.11, 2021, pp. 3-26.

Directivas anticipadas: Cualquier persona puede dejar instrucciones, ya sea generales o específicas, respecto al tratamiento de sus datos personales tras su fallecimiento. Las directivas generales pueden cubrir todos los datos y se confían a un tercero de confianza certificado, muchas veces, un servicio en línea acreditado por la CNIL, la autoridad francesa de datos; las directivas particulares se refieren a ciertos datos concretos o a un servicio en particular y se pueden registrar directamente con el proveedor de ese servicio, por ejemplo, decir a una red social qué hacer con nuestro perfil al morir. Estas directrices, una vez que la persona fallece, son vinculantes y deben ejecutarse según lo indicado. Esto equivale a un testamento digital en sentido amplio, priorizando la voluntad del interesado.

Designación de persona encargada: En dichas directrices, el individuo puede designar a una o varias personas, físicas o morales, para que, llegado el momento, se encarguen de hacerlas respetar ante los proveedores de servicios digitales. En ausencia de designación, los herederos legales pueden actuar, pero dentro del marco previsto por la ley.

Actuación por defecto de los herederos: Si el difunto no dejó directrices, la ley autoriza a los herederos a comunicarse con los proveedores para: a) solicitar el cierre de las cuentas del fallecido, y/o b) solicitar que se les faciliten "los datos necesarios para la liquidación y división de la herencia"⁵⁰. Es decir, los herederos pueden obtener de los prestadores de servicios únicamente aquella información digital del difunto que resulte relevante para fines patrimoniales sucesorios, por ejemplo, datos sobre contratos en vigor, bienes digitales con valor económico, etc., pero no acceso completo a todo el contenido personal. Así, se garantiza que puedan localizar y recuperar activos con valor económico, sin invadir la privacidad de las comunicaciones personales que nada aportan al caudal hereditario. Además, los herederos pueden pedir a las compañías la eliminación de los datos personales del difunto, para proteger su memoria o evitar la perpetuación de información en línea.

Respeto a la privacidad y a terceros: La normativa francesa insiste en que las operaciones llevadas a cabo por los herederos no deben afectar derechos de terceros ni revelar datos sobre ellos. Por ejemplo, si se trata de correspondencia privada, rige el secreto de las comunicaciones: los proveedores no revelarán contenidos que impliquen a otras personas vivas sin su consentimiento, amparándose en la protección de la confidencialidad.

En síntesis, el modelo francés combina la posibilidad de un testamento digital en forma de directivas anticipadas, general o específicas, con un esquema supletorio donde los herederos tienen facultades acotadas: principalmente cerrar

50 Vid, en este sentido, CASTILLO PARRILLA, J. S.: *Bienes digitales: una necesidad europea*, Dykinson, 2018.

cuentas y obtener datos para tareas propias de la herencia, liquidación de bienes, obligaciones, etc. No se les faculta, en cambio, para leer toda la correspondencia del difunto ni para disponer libremente de sus datos personales, salvo que estos tengan repercusión patrimonial. La filosofía subyacente es clara: la muerte no debe convertir la vida digital entera de una persona en un libro abierto para sus allegados; debe respetarse el derecho a la intimidad del difunto y de quienes interactuaron con él, permitiendo al mismo tiempo a los herederos ejercer sus derechos sobre el patrimonio transmisible. Este equilibrio ha sido descrito en la doctrina francesa como parte del “droit à une mort numérique digne⁵¹”, es decir, el derecho de toda persona a que su vida digital sea tratada tras su fallecimiento de manera respetuosa y conforme a su voluntad.

Francia además incorporó en 2018, al adaptar el RGPD, un artículo en su Code civil que aclara que los datos personales de los fallecidos se tratan según las reglas especiales: las citadas directivas y art. 40-1⁵²; y que salvo esas previsiones, no hay un derecho subjetivo de los herederos sobre la privacidad del difunto, sino más bien una facultad de protección de su memoria similar a la que prevé el Código Civil español en materia de derecho al honor, donde familiares pueden actuar frente a lesiones al honor o imagen del fallecido, pero no heredan el derecho en sí⁵³. Esto refuerza la idea de que la sucesión digital tiene componentes que no son propiamente hereditarios sino de tutela de la personalidad pretérita.

En la práctica, empresas como Facebook o Google se han adaptado parcialmente: Facebook ofrece en Francia, y en todo el mundo, la opción de designar un contact légataire: contacto de legado; o de pedir eliminación de cuenta⁵⁴, lo cual encaja con las directivas particulares. Google con su Gestionnaire de compte inactif también permite poner un contacto de confianza⁵⁵. La legislación francesa da cobertura legal a estas prácticas y clarifica qué pasa si nada se ha indicado.

51 Vid. <https://www.legifrance.gouv.fr>: Loi núm. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, Francia: La ley incorpora el derecho de las personas a definir directrices sobre el tratamiento de sus datos personales tras la muerte, promoviendo el concepto de “muerte digital digna”.

52 Loi núm. 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, que adapta el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) al ordenamiento jurídico francés: Esta ley modificó el Código Civil francés, introduciendo disposiciones que aclaran el tratamiento de datos personales de personas fallecidas: Artículo relevante: Art. 40-1 del Código Civil francés, que prevé la facultad de los herederos de proteger la memoria del fallecido pero no de ejercer un “derecho subjetivo” pleno sobre su privacidad.

53 DOUVILLE, T.: “Directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union. Aspects relatifs à la protection des données à caractère personne”, *Revue des affaires européennes*, núm. 4, 2019, pp. 709-711.

54 Vid. GINEBRA MOLINS, M^a. E.: “Voluntades digitales en caso de muerte”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 908-929.

55 <https://www.facebook.com/help>: Facebook ofrece la posibilidad de designar un “contacto de legado” (contact légataire) para gestionar el perfil del fallecido, incluyendo la conversión a modo conmemorativo o la eliminación de la cuenta. Google: Ofrece el “Gestor de cuentas inactivas” que permite elegir a una persona de confianza para gestionar la cuenta si el usuario queda inactivo. Información oficial: Google Support.

3. Unión Europea: Carta de Derechos Digitales y líneas de armonización.

A nivel de la Unión Europea, no existe por ahora una directiva o reglamento que regule de forma uniforme la suerte de los bienes o datos digitales tras la muerte. Como se ha mencionado, el RGPD de 2016⁵⁶ deliberadamente excluyó de su ámbito los datos personales de fallecidos, dejándolo a los Estados. Esto ha dado lugar a soluciones nacionales variadas, como las ya descritas de Francia o España. No obstante, en fechas recientes la UE ha mostrado creciente interés en establecer principios comunes sobre los derechos digitales, lo que indirectamente podría sentar bases para una armonización futura en este terreno.

En enero de 2022 la Comisión Europea, el Parlamento y el Consejo proclamaron la “Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital⁵⁷”, frecuentemente referida como la Carta de Derechos Digitales de la UE. Este documento, no vinculante jurídicamente como una ley, pero con valor político, enumera una serie de derechos fundamentales en el entorno digital que los Estados miembros se comprometen a promover. Entre esos principios figuran: la protección de la privacidad y los datos personales en línea, el control individual sobre la propia identidad digital, la seguridad en el entorno digital, etc. Si bien la Carta de Derechos Digitales de la UE no se refiere explícitamente a la situación tras la muerte, sí refuerza la noción de que los datos personales merecen protección y control por su titular. Extender ese control a las decisiones *post mortem* sería un paso lógico en pos de la coherencia.

Por otra parte, la UE ha impulsado normativas sectoriales que pueden incidir tangencialmente: por ejemplo, el Reglamento eIDAS⁵⁸ (identidad digital) o propuestas sobre portabilidad de datos y activos digitales que, si bien se enfocan en vivos, podrían facilitar en un futuro la transmisión *mortis causa* de ciertos elementos, como monederos digitales de identidad o credenciales.

También existe un debate en el seno de la UE sobre la conveniencia de armonizar el Derecho de sucesiones digitales. Dado que el Reglamento europeo de sucesiones (650/2012)⁵⁹ no aborda bienes digitales específicamente, podría argumentarse que rige la ley nacional del causante para determinar la transmisibilidad de esos bienes.

56 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD). (Considerando 27 y art. 2.2.f RGPD).

57 Vid. https://commission.europa.eu/index_es.

58 Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. <https://eur-lex.europa.eu>.

59 Reglamento (UE) núm. 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, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Pero en un mundo digital sin fronteras, las divergencias⁶⁰ complican la eficacia de las soluciones puramente nacionales. Una posible respuesta a medio plazo sería una Directiva europea que estableciera requisitos mínimos para los proveedores en caso de fallecimiento del usuario, obligándolos a reconocer las órdenes de un heredero o albacea debidamente acreditados, siempre dentro de un marco garantista de privacidad. Por ahora esto es solo una sugerencia doctrinal; no hay una propuesta legislativa concreta de la Comisión al respecto.

España, a nivel interno, elaboró en 2021 su propia Carta de Derechos Digitales⁶¹: documento de carácter orientativo, en la que dedicó un apartado al derecho al testamento digital, enfatizando la importancia de regular la gestión de la huella digital tras la muerte. Si bien esta Carta no es ley, sí refleja un consenso doctrinal: la necesidad de equilibrar el derecho a la intimidad, el honor y la protección de datos del difunto con los derechos sucesorios y la continuidad del patrimonio digital.

En suma, en el contexto europeo se reconoce cada vez más que la esfera digital forma parte de los derechos fundamentales de las personas, y por tanto cualquier abordaje de la sucesión de bienes digitales debe hacerse con ese prisma: garantizar los derechos digitales también tras la muerte. Esto implica respetar la voluntad en vida sobre el destino de datos, proteger la privacidad de las comunicaciones y, a la vez, no desamparar a los herederos en su legítimo interés económico. La UE por ahora deja libertad a los Estados, pero los principios generales abogan por la proporcionalidad y dignidad en este ámbito, lo que avala modelos como el francés o el de RUFADAA que son más garantistas que el español.

En la siguiente sección examinaremos precisamente cuáles son los problemas jurídicos actuales más acuciantes que enfrentamos en España respecto a la herencia digital, muchos de los cuales ya se vislumbran en este repaso comparativo, para posteriormente plantear propuestas concretas de reforma.

V. LA COMPLEJIDAD JURÍDICA DE LA HERENCIA DIGITAL: PROBLEMAS Y PROPUESTAS.

I. La problemática actual en la sucesión de bienes digitales.

A pesar de los avances normativos comentados, la regulación de la sucesión de bienes digitales sigue presentando importantes problemáticas y vacíos en la práctica. Podemos identificar varias áreas de conflicto o incertidumbre jurídica que requieren atención:

60 Por ejemplo, un español cuyos datos están alojados en servidores en Irlanda -sede de muchas tech- y cuya empresa se rige por derecho USA.

61 <https://www.derechosdigitales.gob.es/es/carta-espanola-de-derechos-digitales>.

1. Lagunas normativas y disparidad de criterios: Como se ha expuesto, el Código Civil español no contempla expresamente a los bienes digitales, y la LOPDGDD ofrece solo un marco parcial. Esto provoca lagunas: por ejemplo, no hay certeza sobre si un heredero adquiere ipso iure la titularidad de una licencia digital que pertenecía al causante, muchos opinan que no, si era personalísima, o sobre cómo ha de ejercerse el derecho de acceso a cuentas en la práctica: ¿basta el certificado de defunción y declaración de heredero para que una empresa entregue datos?⁶². Además, la coexistencia de la norma estatal y la catalana puede llevar a soluciones dispares según el territorio o ley aplicable al causante, generando inseguridad en casos con elementos en varias comunidades⁶³.

2. Conflicto entre el derecho a la privacidad del difunto y los derechos sucesorios: Este es quizá el eje más delicado. Por un lado, los herederos invocan su derecho a recoger la herencia en su totalidad, lo cual incluiría, en principio, el contenido de dispositivos o cuentas digitales del difunto: máxime si pueden albergar valor económico o información relevante, como contratos, criptoclaves, etc. Por otro lado, se alza el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del causante, que, aunque fallecido, sigue mereciendo cierta tutela. Permitir un acceso indiscriminado a todos los datos personales y comunicaciones digitales del fallecido podría vulnerar su dignidad póstuma y la privacidad de terceros que interactuaron con él. La LOPDGDD, al habilitar a familiares y allegados sin mayor filtro, inclina la balanza hacia los sucesores, lo cual ha sido considerado arriesgado: “¿Nos parece que la expectativa media del usuario en España es que el cónyuge o un sobrino puedan acceder a la cuenta de correo electrónico o a los mensajes privados de Facebook si el testador no lo prohibió? ... mi respuesta es negativa”, señala gráficamente un autor criticando esa posibilidad⁶⁴. Esta tensión exige modulaciones: ni una privacidad absoluta que frustre cualquier gestión, ni una apertura total que equivalga a quebrantar secretos personales. Hoy día, la falta de lineamientos claros deja la cuestión en un área gris, que puede derivar en abusos, por ejemplo, familiares que difunden correspondencia sensible encontrada en el email del difunto, lesionando su honor o revelando datos de terceros.

3. Restricciones contractuales impuestas por los proveedores de servicios digitales: La mayoría de plataformas y proveedores: redes sociales, servicios de correo, almacenamiento en la nube, etc., establecen en sus Términos de servicio cláusulas relativas a la intransferibilidad de las cuentas y a la actuación en caso de fallecimiento. Muchas indican que la cuenta se cancelará al tener conocimiento de la muerte del usuario, o prohíben expresamente compartir contraseñas y accesos con terceros, lo que excluiría que un heredero use las credenciales del difunto.

62 Vid. OTERO CRESPO, M.: “La sucesión”, cit., pp. 89-133.

63 Vid. CUCURULL POBLET, T.: “La sucesión”, cit., pp. 313-338.

64 Vid. CAMARA LAPUENTE, S.: “La sucesión”, cit., pp. 138-144.

Algunas plataformas han desarrollado políticas propias: por ejemplo, Facebook permite conmutar el perfil a modo “En Memoria” pero no entrega las credenciales a nadie; Google con su gestor de cuentas inactivas permite enviar ciertos datos a contactos designados; Apple y otras suelen requerir orden judicial para facilitar acceso a contenido de iCloud, etc. En ausencia de legislación imperativa, estas políticas contractuales prevalecen, y los herederos se encuentran a menudo atados por lo firmado y aceptado por el difunto en vida. Un problema concreto es que si el difunto no dejó sus contraseñas ni designó contactos, los familiares se ven obligados a entablar largos trámites con las compañías, que en muchos casos deniegan el acceso alegando dichas cláusulas o normas como la ley federal de privacidad de comunicaciones en EE. UU⁶⁵.

Mientras que los bienes físicos del difunto están bajo control de los herederos desde el fallecimiento, sus bienes digitales suelen quedar bajo el control de corporaciones extranjeras que deciden unilateralmente. Esto genera indefensión y a veces la pérdida irreparable de contenidos de valor sentimental o incluso económico. Aunque la sentencia del BGH alemán de 2018⁶⁶ marcó un precedente al declarar nulas las cláusulas de Facebook que impedían la transmisión de la cuenta, en España no tenemos aún pronunciamientos similares, y los allegados se enfrentan a la disyuntiva de respetar términos de uso y quedarse sin acceso o vulnerarlos: por ejemplo, usando las contraseñas del difunto subrepticamente, lo cual técnicamente es una violación de contrato e incluso podría considerarse acceso no autorizado. Este conflicto entre Derecho de sucesiones vs. Derecho de contratos/condiciones de uso es uno de los puntos neurálgicos a resolver.

4. Dificultades prácticas de ejecución y pruebas: Aun suponiendo que jurídicamente los herederos tengan derecho a ciertos activos digitales, surgen dificultades prácticas para hacer valer esos derechos. Identificar la existencia de todos los bienes digitales es complejo: una persona puede tener decenas de cuentas, algunas desconocidas por sus familiares. No existe, salvo iniciativas privadas aisladas, un registro central de cuentas de usuario donde notificar la defunción y que informe a los herederos. Esto conlleva que muchos bienes digitales queden ignotos y se pierdan, por ejemplo, monederos de criptomonedas cuyos herederos jamás supieron que existían. Vinculado a ello, está el problema de las credenciales de acceso: si nadie posee las contraseñas o medios de autenticación de doble factor, aunque legalmente se herede el activo, en la práctica puede ser irrecuperable, como un tesoro en una caja fuerte sin llave. Numerosos casos se

65 MARTINEZ MARTINEZ, N.: “Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD”, *Derecho Privado y Constitución*, núm.35, 2019, pp. 169-212.

66 BGH, Sentencia de 12 de julio de 2018 (III ZR 183/17), Tribunal Supremo Federal Alemán (Bundesgerichtshof): La sentencia declara nulas las cláusulas de Facebook que impedían la transmisión de la cuenta digital tras el fallecimiento, considerando que los derechos contractuales del usuario deben transmitirse a los herederos de manera análoga a otros bienes patrimoniales.

han reportado de fortunas en bitcoins que quedaron congeladas tras la muerte de su propietario porque nadie pudo descifrar la clave privada del monedero electrónico. Se calcula que un porcentaje significativo del volumen de bitcoins en circulación está definitivamente inaccesible por pérdida de claves, parte de lo cual obedece a fallecimientos inesperados de titulares. La legislación actual no ofrece mecanismos para forzar la revelación de contraseñas, salvo ordenar al proveedor que entregue datos si los tiene, pero las contraseñas suelen estar cifradas o no almacenadas en texto claro, por lo que la irreversibilidad de la pérdida de acceso es un riesgo real.

Además, existe el problema de la prueba documental: para gestionar bienes del difunto, los herederos suelen necesitar certificados, testamentos, etc. Muchas plataformas piden documentación traducida, notariada, y aun así demoran o niegan. Incluso, hay un choque jurisdiccional: una orden judicial española puede carecer de efecto si la empresa solo acata órdenes de su país⁶⁷. Hasta ahora, tales casos contados se han resuelto más por negociación que por cauces legales claros.

5. Multiplicidad de interesados y potenciales conflictos: La situación *post mortem* puede involucrar a varios actores con intereses distintos: herederos forzosos, legatarios, albaceas, familiares no herederos, socios del difunto en negocios digitales, e incluso terceros comunicantes: ej. correspondientes en emails. Esto puede generar conflictos. Por ejemplo, un testador podría legar cierta propiedad intelectual digital a X, pero sus herederos forzosos podrían al mismo tiempo querer acceder a los dispositivos donde esa propiedad está guardada; o familiares enfrentados podrían discrepar sobre mantener o eliminar el perfil social del difunto. La ley vigente (LOPDGDD) no establece cómo dirimir esas controversias, y al haber legitimado a cualquiera que tenga “un vínculo familiar o de hecho⁶⁸”, podría darse el caso de solicitudes enfrentadas de diferentes personas a un proveedor (por ejemplo, la pareja pide borrar la cuenta y un hijo adulto pide conservarla). Los proveedores no saben a quién atender, pues la norma no fija prelación. Esto requiere de criterios legales o procedimentales para evitar arbitrariedades o luchas que terminen judicializándose.

67 P. ej., un juez español ordena a Yahoo entregar los correos, pero Yahoo invoca la ley de EE.UU. que prohíbe divulgar contenidos sin consentimiento): Este conflicto surge debido a la aplicación de la Electronic Communications Privacy Act (ECPA) de Estados Unidos, específicamente el Stored Communications Act (SCA), que forma parte de dicha ley (18 U.S.C. §§ 2701–2712). La SCA establece que los proveedores de servicios electrónicos no pueden divulgar el contenido de las comunicaciones almacenadas sin el consentimiento del usuario, incluso en caso de fallecimiento, salvo bajo ciertas excepciones muy específicas (como una orden judicial válida emitida bajo jurisdicción estadounidense). En la práctica, esto significa que si un juez español ordena a una empresa con sede en EE. UU., como Yahoo o Google, entregar los correos electrónicos del fallecido, la empresa puede negarse alegando que la SCA prohíbe tal divulgación sin consentimiento previo del titular o en ausencia de una excepción aplicable.

68 Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD): La LOPDGDD, en su art. 3, habilita a los familiares o personas con “vínculo de hecho” para solicitar el acceso, rectificación o eliminación de datos digitales del fallecido. Sin embargo, la norma no precisa criterios de prelación entre los distintos interesados, lo que ha generado debates en la doctrina sobre posibles conflictos entre familiares o allegados que reclaman derechos contradictorios.

6. Cuestiones fiscales y de valoración: Un ángulo menos debatido pero existente es el fiscal. Si un bien digital patrimonial se hereda: pensemos en criptomonedas, o en ingresos pendientes de cobro de una plataforma; debe valorarse e incluirse en el inventario de la herencia a efectos de impuestos. La volatilidad de estos activos, en el caso de criptos; y la opacidad, no siempre se conoce su existencia o valor real) complican el cálculo. Actualmente, las autoridades fiscales empiezan a interesarse en los activos digitales, pero no hay guías claras para su tratamiento en la masa hereditaria, lo que puede llevar a infravaloraciones, si no se declaran por desconocimiento, o a discusiones con Hacienda posteriormente.

7. Falta de concienciación y planificación: En la raíz de muchos problemas está la escasa práctica de las personas en cuanto a planificar su legado digital. A diferencia del patrimonio tradicional, para el cual es común hacer testamento, son pocos los que toman medidas respecto a sus bienes digitales, salvo quizá los muy tecnólogos o precavidos. Esto se debe en parte a que no se percibe el valor de esos bienes, y en parte a que hasta fechas recientes no se sabía que se podía o debía hacer algo. Aunque la LOPDGDD⁶⁹ y la Ley catalana ya ofrecen cauces, su conocimiento general es bajo. La falta de instrucciones por parte del causante deja a los sobrevivientes con la carga de decidir e intentar recomponer la información. Este es un problema sociológico-jurídico que se va corrigiendo lentamente a medida que surgen más casos notorios en prensa y que la población es más consciente de la necesidad de un testamento digital.

8. Incoherencias normativas dentro del ordenamiento: Por último, cabe señalar que la actual regulación en España presenta incoherencias internas. Por un lado, la LO 1/1982 derecho al honor⁷⁰ permite solo a ciertos familiares defender la memoria del difunto y fija un orden: cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos, mientras que la LOPDGDD 3/2018 legitimó a un grupo más amplio sin orden. Esta disparidad puede dar lugar a resultados paradójicos: alguien que no podría demandar por una intromisión al honor del fallecido: por no ser heredero ni familiar cercano, sí podría, en cambio, acceder a sus datos personales según la LOPDGDD. La coherencia del sistema jurídico pide una revisión de estas discordancias, para al menos alinear quiénes pueden intervenir en defensa de la persona fallecida y su patrimonio digital.

En suma, nos encontramos con un escenario desafiante: mucho del patrimonio digital queda en un limbo o se pierde; cuando se intenta rescatar, colisionan privacidad y derechos de herencia; las empresas tecnológicas tienen un poder fáctico considerable para decidir qué hacer; y el marco legal aún no provee

69 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

70 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

soluciones contundentes en varios aspectos. Todo lo anterior justifica la necesidad de reformas legales que aborden de forma más integral la sucesión de bienes digitales, objetivo al que se dedicará la siguiente sección.

2. Propuestas para la reforma legal de la sucesión digital.

A la luz del análisis precedente, es evidente que el ordenamiento jurídico español requiere adaptaciones para dar respuesta adecuada a la herencia digital. A continuación, se presentan propuestas concretas de regulación, estructuradas en puntos claros, que podrían servir de base para una reforma legislativa integral. El objetivo es configurar un marco que ofrezca seguridad jurídica, respete los derechos fundamentales: privacidad, voluntad del causante; y facilite la transmisión del patrimonio digital cuando proceda. Las propuestas se inspiran en las mejores prácticas comparadas y en las recomendaciones doctrinales actuales:

Definición legal de bienes digitales y su estatuto sucesorio: En primer lugar, es necesario introducir en la legislación, preferiblemente en el Código Civil o en una ley especial, una definición de qué se considera bien digital a efectos sucesorios, distinguiendo categorías. Debería delimitarse expresamente cuáles integran el caudal hereditario: activos digitales con valor económico, derechos contractuales transmisibles y cuáles tienen un carácter personalísimo y quedan fuera de la herencia tradicional. Esta definición proporcionará claridad sobre el objeto de la sucesión digital, evitando dudas interpretativas⁷¹.

Reconocimiento expreso de la voluntad del causante: testamento digital: Debe consagrarse con claridad el principio de autonomía de la voluntad en este ámbito: la persona tiene derecho a decidir en vida el destino de sus bienes y cuentas digitales para después de su muerte. Para ello, se propone habilitar jurídicamente un instrumento de voluntades digitales, sea como parte del testamento ordinario o como documento específico. Este instrumento permitiría al testador: a) Incluir legados o disposiciones sobre sus activos digitales patrimoniales: por ejemplo, legar su cartera de criptomonedas a X heredero, o disponer la venta de su tienda en línea y reparto del dinero); y b) Dictar instrucciones sobre sus contenidos personales, por ejemplo, pedir que se elimine tal perfil, que se entregue una copia de sus fotos familiares a su cónyuge, o nombrar quién gestionará su huella digital. Dichas voluntades digitales, formalizadas ante notario o en el testamento, tendrían eficacia vinculante. Para facilitar su aplicación, podría crearse un Registro de Voluntades Digitales: a nivel estatal, siguiendo el ejemplo catalán, donde el notario inscriba las disposiciones digitales, de forma que las empresas proveedoras

71 Por ejemplo, se podría definir los activos digitales patrimoniales" (criptomonedas, saldos en cuentas en línea, títulos digitales, etc.) como bienes heredables equiparables a bienes muebles inmateriales, mientras que los "contenidos digitales personales" (correspondencia, perfiles sociales, archivos íntimos) se registrarán por reglas especiales de tutela de la memoria del difunto.

puedan verificarlas fácilmente tras el fallecimiento. Este mecanismo aseguraría la prevalencia de la voluntad del difunto, tal como recomiendan las experiencias comparadas de EE.UU. y Francia, evitando disputas entre herederos y dando instrucciones claras a los prestadores de servicios.

Régimen supletorio respetuoso con la privacidad: acceso limitado por defecto: En ausencia de instrucciones expresas del causante, se propone establecer por ley un régimen supletorio equilibrado que, por defecto, no permita un acceso pleno e indiscriminado a todos los contenidos digitales del difunto, sino solo a aquello necesario para fines legítimos sucesorios. Concretamente:

Los herederos, y en su caso albaceas, tendrán derecho a acceder a información sobre la existencia y contenido patrimonial de las cuentas o activos digitales del causante. Esto les permite inventariar el patrimonio digital. Incluso si el difunto dejó una prohibición general de acceso, esta no impedirá que conozcan sus datos de carácter patrimonial⁷².

Sin embargo, en cuanto a los contenidos personales o comunicaciones privadas, la regla por defecto será la no transmisión: es decir, dichos contenidos no se consideran heredados automáticamente. Para acceder a ellos, los herederos deberán justificar un motivo válido y, en su caso, obtener autorización judicial, salvo que el difunto hubiese consentido el acceso en vida del notario. Por ejemplo, si se sospecha que en los correos electrónicos hay documentos importantes de negocios, el heredero podría pedir al juez acceso puntual a esos correos; pero no podría simplemente leer todas las conversaciones por curiosidad o interés personal. Esta inversión del enfoque: pasar de acceso salvo prohibición a no acceso salvo autorización viene sugerida por la doctrina para proteger la dignidad digital del fallecido⁷³. De hecho, se plantea que la regla general debería ser la extinción de la posición del usuario en servicios personales al morir, salvo que se pruebe voluntad contraria o necesidad, en vez de la sucesión automática en dicha posición.

En cualquier caso, se debe limitar estrictamente quiénes pueden acceder y gestionar estos datos en defecto de voluntad: preferentemente solo los herederos legítimos o testamentarios y el albacea, pero no cualquier allegado. De este modo, se corrige la amplitud actual de la LOPDGDD. Solo quienes tengan un interés sucesorio cierto deberían intervenir, lo que previene abusos de terceros sin derecho hereditario.

72 Siguiendo la pauta ya marcada en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

73 CAMARA LAPUENTE, S.: "La sucesión", cit., pp. 375-432.

Asimismo, podría contemplarse, al estilo RUFADAA⁷⁴, la entrega de un “índice o catálogo” de los archivos o comunicaciones al heredero: metadatos: remitente, fecha, asunto, pero no el contenido sin permiso expreso, de forma que pueda identificar información relevante sin vulnerar secretos. En resumen, la propuesta es: por defecto legal, primar la protección de la privacidad: no transmisión de contenido íntimo, pero asegurar a los herederos el conocimiento de los activos económicos y un cauce para obtener aquello que sea imprescindible. Este enfoque coincide con el adoptado en Francia y recomendado por autores españoles para alcanzar un justo medio.

Restricción del círculo de legitimados y prelación: Derivado de lo anterior, la legislación debería enmendar la excesiva extensión de sujetos legitimados de la LOPDGDD⁷⁵. Se propone limitar la legitimación principalmente a: herederos: instituidos por testamento o abintestato y albacea o ejecutor digital designado, si lo hay. Solo en defecto de estos, podrían tener algún rol subsidiario ciertos familiares cercanos, cónyuge, hijos, equiparándolo a la jerarquía que ya existe para defender la memoria del difunto en la LO 1/1982. De este modo, se evita el acceso simultáneo de múltiples personas. Además, debería establecerse una prelación clara: por ejemplo, si hay un albacea digital designado, él actúa prioritariamente; si no lo hay, actúan los herederos de común acuerdo o por decisión mayoritaria; solo si no hubiere herederos conocidos, podría intervenir un familiar directo para gestiones básicas. Esta prelación impediría conflictos de competencia. La revocación de credenciales o solicitudes de eliminación de cuentas debería provenir únicamente de ese representante legítimo, para que los proveedores sepan a quién atender en caso de solicitudes concurrentes. Así se alinea la normativa de datos con la lógica sucesoria tradicional, donde los herederos representan universalmente al causante. La amplitud a personas vinculadas debería eliminarse, por la razón de que suena bien en teoría, permitir a, por ejemplo, la pareja de hecho, aunque no sea heredera, pero en la práctica abre la puerta a que cualquier persona con relación afectiva se arrogue decisiones sobre el legado digital, lo cual puede vulnerar derechos de los herederos o la voluntad del difunto.

Obligaciones y responsabilidad de los proveedores de servicios digitales: Es esencial incorporar en la regulación deberes explícitos para las empresas tecnológicas en caso de fallecimiento de un usuario. Se proponen varias medidas en este sentido:

74 Ley Modelo de la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes (RUFADAA), EE. UU: RUFADAA establece que, a falta de voluntad expresa, el acceso de los herederos se limita a los metadatos, proporcionando un catálogo de archivos, pero no el contenido de los mismos, salvo consentimiento claro del fallecido.

75 MARTINEZ MARTINEZ, N.: “Reflexiones”, cit., pp. 169-212.

Deber de colaboración con los herederos/albaceas: Una vez acreditado el fallecimiento y la cualidad de heredero o representante designado, mediante certificación registral, testamento, etc., el prestador de servicios deberá facilitar el ejercicio de los derechos reconocidos: acceso a ciertos datos, cierre de cuenta, entrega de copia de archivos, etc., en un plazo razonable. Se podría imponer sanciones: vía régimen sancionador de protección de datos o de servicios digitales, si injustificadamente se niegan.

Nulidad de cláusulas que impidan la transmisión de bienes digitales patrimoniales: De forma expresa, la ley civil debe declarar nula o no oponible cualquier condición contractual que prohíba la cesión mortis causa de derechos patrimoniales digitales. Por ejemplo, si una plataforma en su contrato dice que los saldos acumulados no se transferirán a herederos, tal cláusula sería inválida por contravenir el orden público sucesorio, permitiendo al heredero reclamarlos igualmente. Esto equivaldría a introducir una norma de orden público sucesorio en el entorno digital, similar a como existen en otros ámbitos⁷⁶.

Mecanismos de comunicación del fallecimiento: Sería útil exigir a los grandes proveedores: redes sociales, email, etc.; que establezcan un protocolo claro y público para notificaciones de fallecimiento y solicitudes de usuarios fallecidos. Actualmente, muchas empresas tienen formularios ad hoc en inglés de difícil acceso. Uniformar y publicitar estos procedimientos (quizá con un portal común) ayudaría a la efectividad de las medidas.

Conservación temporal de datos: Imponer a los proveedores el deber de conservar los datos de la cuenta por un período tras saber del fallecimiento (por ejemplo, 1 año) sin borrarlos, para dar oportunidad a los herederos de reclamarlos. Esto previene situaciones donde, por política interna, se elimina la cuenta al primer aviso de muerte y se pierden los datos antes de que los herederos actúen.

Responsabilidad por incumplimiento: Si una empresa, teniendo la notificación y documentación adecuada, no cumple una solicitud legítima⁷⁷, podría incurrir en responsabilidad civil por los daños causados o en infracción administrativa. Un régimen de incentivos y sanciones garantizará mayor diligencia.

Reconocimiento expreso del albacea o executor digital: Al igual que la ley catalana, el Código Civil español debería contemplar la figura del albacea digital. Podría regularse añadiendo un precepto que permita al testador nombrar un albacea con funciones específicas sobre los bienes y cuentas digitales. Sus facultades

⁷⁶ v.gr. nulidad de pactos sobre sucesión futura, etc.).

⁷⁷ p.ej., no entrega activos patrimoniales, o no borra contenido íntimo que la familia pide eliminar.

estarían delimitadas por el testador⁷⁸ y su actuación se circunscribiría a esa esfera, complementando al albacea general si lo hubiere. Incluso cabría permitir nombrar albacea digital a una persona jurídica especializada: hay empresas emergentes dedicadas a la gestión del legado digital. Esta figura profesionalizada ayudaría a los herederos que no tienen conocimientos tecnológicos a manejar el legado. Dotar de base legal al ejecutor digital aseguraría que los proveedores reconozcan su autoridad sin trabas⁷⁹. Con esta previsión, quien esté especialmente preocupado por su huella digital podría designar un experto o persona de confianza para ocuparse exclusivamente de ello, liberando a los herederos de esas tareas técnicas o sensibles.

Diferenciación de reglas según el tipo de bien digital: Una regulación afinada debería reconocer que no todos los bienes digitales son iguales, por lo que pueden requerir soluciones diferenciadas:

Para criptomonedas y activos blockchain, NFTs, etc., que son plenamente patrimoniales: establecer que se integran en la herencia como bienes inmateriales, y quizás promover el uso de fideicomisos o custodia en vida para evitar pérdida de claves. Para cuentas de redes sociales: quizás dar la opción legal de designar qué se hace: memorialización, eliminación y, si nada se dice, aplicar la política estándar de la plataforma, pero supervisada por herederos. Incluso se podría facultar a herederos a convertir perfiles en conmemorativos, pero sin derecho a publicar como si fueran el difunto: evitar suplantación.

Para bibliotecas de contenido digital, música, libros, sujetas a licencia: quizá una regla que permita a los herederos acceder al contenido, pero solo para uso personal, no para revender, dado que muchas licencias dicen solo para ti. Es complejo, pero se podría negociar con la industria de contenidos alguna excepción sucesoria.

Para correos electrónicos y comunicaciones: mantenerlos confidenciales salvo causa justificada, como se dijo, y permitir la extracción solo de información puntual, por ej., buscar facturas electrónicas. Esta gradación de soluciones aseguraría que se abordan las especificidades de cada activo digital de forma apropiada.

Armonización con la normativa de protección de datos y derechos de la personalidad: Cualquier reforma debe ir acompañada de ajustes en leyes conexas. Habría que reformar⁸⁰ la propia LOPDGDD para alinearla con los cambios,

78 por ejemplo, encargarse de cerrar perfiles, entregar copias de ciertos archivos a determinadas personas, etc.

79 En la actualidad, un “contacto de legado” de Facebook o similar no tiene un estatus jurídico claro fuera de la plataforma.

80 La profesora Nuria Martínez Martínez, en su artículo MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: “Reflexiones”, cit., pp. 169-212: señala la necesidad de revisar esta legitimación amplia para evitar situaciones conflictivas.

reduciendo el ámbito de personas vinculadas⁸¹ legitimadas e introduciendo la prevalencia del designado por el causante, etc. Asimismo, quizás reformular el art. 18.4⁸² de la Constitución o su desarrollo para aclarar que el secreto de comunicaciones se extiende *post mortem* salvo autorización a herederos. También la LO 1/1982 (honor) podría coordinarse indicando que quienes pueden defender la memoria también son los que pueden tratar los datos personales del difunto, de modo consistente. Esta armonización evitaría contradicciones normativas como las actuales⁸³.

Cooperación internacional y reconocimiento mutuo: Dado que muchos servicios son transnacionales, España debería impulsar acuerdos o incluir en la reforma cláusulas de cooperación judicial internacional para ejecución de solicitudes sobre bienes digitales. Por ejemplo, facilitar la homologación de un auto de juez español ante empresas extranjeras mediante convenios, o proponer en la UE un reglamento que obligue a proveedores con sede europea a atender peticiones de herederos conforme a la ley del último domicilio del difunto. Esto va más allá de la ley interna, pero es parte de las soluciones: sin cooperación, de poco sirve la norma nacional más avanzada.

Fomento de la concienciación y protocolos preventivos: Más que norma imperativa, es una política pública: acompañar la reforma con campañas informativas y guías para ciudadanos sobre cómo planificar su legado digital⁸⁴. Los notarios y abogados sucesorios deberían incorporar sistemáticamente preguntas sobre bienes digitales al asesorar en testamentos⁸⁵. Podría implementarse en las notarías una checklist de voluntades digitales para ofrecer al testador la opción de dejar constancia de, por ejemplo, sus cuentas principales y deseos sobre ellas. Paralelamente, instar a empresas a ofrecer a sus usuarios opciones claras de legado. La ley puede incluso obligar a proveedores grandes a informar periódicamente al usuario: “¿Desea configurar instrucciones en caso de fallecimiento?”⁸⁶ de manera

81 El art. 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), otorga legitimación para acceder a los datos personales de personas fallecidas a “las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”. Esta amplitud ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, que propone restringir dicha legitimación para evitar conflictos con los herederos legales y garantizar el respeto a la voluntad del causante

82 El art. 18.4 de la Constitución Española establece que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Sin embargo, no se especifica si esta protección se extiende más allá del fallecimiento de la persona. Algunos autores han sugerido la necesidad de clarificar este aspecto para asegurar la protección de los derechos digitales *post mortem*

83 GARCÍA PÉREZ, C.: *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos: especial referencia a la Ley orgánica 1/1982*, Tirant lo Blanch, 2001.

84 COBAS COBIELLA, M.ª E.: “El testamento digital ¿memoria pretérita digital?”, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (coord. por A. CARRIÓN VIDAL, R. MUÑOZ GONZALO), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 457-474.

85 AGUAS VALERO, G.: “El testamento digital”, *Revista de derecho aragonés*, núm. 28, 2022, pp. 65-90.

86 Vid. En este sentido, BARRERA IBÁÑEZ, S.: *Identidad digital y testamento digital ¿Digital?*, (coord. por R. OLIVA LEÓN, S. VALERO BARCELÓ), 2016, pp. 87-92.

semejante a como se hacen con políticas de privacidad, para que el usuario tome acción en vida.

En conjunto, estas propuestas buscan crear un marco moderno, garantista y efectivo. Se pretende que la herencia digital deje de ser un ámbito nebuloso sujeto a la discrecionalidad de las Big Tech, para convertirse en un proceso regulado donde la voluntad del difunto es respetada, los derechos de los herederos son salvaguardados en lo económico, y la privacidad se protege ante accesos no justificados. Lograr este equilibrio no es sencillo, pero las lecciones de la comparación legislativa y los aportes doctrinales proporcionan una hoja de ruta viable.

En concreto, las medidas de primacía de la voluntad y acceso limitado por defecto corregirían el rumbo de la normativa española actual, acercándola a estándares como los franceses o anglosajón. Al mismo tiempo, reforzar las obligaciones de los prestadores garantizaría la eficacia real de estos derechos, cerrando la brecha entre la ley y la realidad tecnológica.

Por último, es importante que cualquier reforma legal vaya acompañada de la correspondiente adaptación tecnológica y organizativa: creación de registros, formación de jueces y notarios en estos temas, etc. Solo una aproximación integral permitirá resolver los casos de herencia digital de forma ágil, evitando la frustración y los pleitos prolongados que hoy acontecen.

VI. CONCLUSIONES.

El avance de la sociedad digital ha traído consigo el surgimiento de un patrimonio digital personal cuyo destino tras la muerte plantea retos sin precedentes al Derecho Civil. Fotografías almacenadas en la nube, criptomonedas, perfiles en redes sociales con millones de seguidores, correos electrónicos que recogen años de correspondencia... todos estos bienes inmateriales conforman una parte del legado que cada individuo deja. La pregunta: ¿qué sucede con nuestros bienes digitales cuando morimos? ha pasado de ser una curiosidad teórica a un problema práctico urgente, dados los numerosos conflictos y situaciones problemáticas que se han documentado en los últimos años.

El presente estudio ha puesto de relieve que, en España, la regulación de los bienes digitales en la sucesión es todavía incipiente y fragmentaria, presentando vacíos legales importantes. La Ley Orgánica 3/2018 supuso un primer paso al reconocer derechos de herederos y designados sobre datos y contenidos digitales de fallecidos, pero su enfoque, más orientado a datos personales, deja zonas grises y ha sido objeto de críticas por su laxitud en la protección de la intimidad del difunto. Por su parte, la pionera Ley 10/2017 de Cataluña ofreció un

modelo más garantista, aunque de aplicación territorial limitada y con dificultades competenciales iniciales.

El análisis de Derecho comparado nos muestra que otros ordenamientos han ido un paso más allá en la regulación: Estados Unidos con RUFADAA proporcionó un marco detallado que equilibra acceso fiduciario y privacidad; Francia consagró legislativamente el derecho a dejar directrices mortis causa sobre datos digitales y estableció un sistema de acceso restringido para herederoselnotario.es. En general, las tendencias convergen en torno a ciertos principios: respeto a la voluntad del causante, quien en vida debería poder decidir qué se hace con su huella digital, reconocimiento de un acceso limitado y proporcional de los herederos en defecto de instrucciones, evitando intromisiones injustificadas en la esfera personal y la necesidad de implicar a los prestadores de servicios en las soluciones, obligándolos a cooperar. La Unión Europea, a través de la Carta de Derechos Digitales, refuerza el trasfondo de proteger los derechos fundamentales también en línea, lo que abona a favor de regulaciones nacionales que no trivialicen la privacidad tras la muerte.

Tras identificar los problemas jurídicos actuales, vacíos normativos, conflictos privacidad-sucesión, restricciones contractuales, incertidumbres procesales, etc., se han formulado una serie de propuestas de regulación destinadas a colmar dichas lagunas y modernizar el Derecho sucesorio. Entre ellas destacan: la introducción de definiciones y categorías legales para los bienes digitales; la implementación efectiva del testamento digital o voluntades digitales del testador, dotándolo de fuerza vinculante; el establecimiento de un régimen supletorio prudente, que garantice a los herederos el acceso a los bienes económicos pero proteja los contenidos íntimos salvo autorización; la limitación del número de personas legitimadas para evitar divulgaciones indiscriminadas^{elnotario.es}; la imposición a las empresas tecnológicas de deberes de diligencia y la nulidad de cláusulas contractuales contrarias a la sucesión; el reconocimiento formal de figuras como el albacea digital; y la diferenciación de soluciones según tipos de activos: no es lo mismo una moneda virtual que un diario personal en la nube. Todas estas medidas configuran, en conjunto, una reforma integral encaminada a dotar de coherencia y efectividad a la sucesión mortis causa en el entorno digital.

Es crucial comprender que el valor actual del patrimonio digital no es solo económico, sino también emocional y cultural. Las fotos de familia, los escritos y memorias almacenados, las interacciones en redes, constituyen un legado inmaterial que importa a los seres queridos y a la propia identidad del difunto. Gestionarlo adecuadamente es una forma de honrar su memoria. Al mismo tiempo, hay activos digitales cuyo valor económico puede ser significativo, piénsese en influencers cuyos perfiles generan ingresos, o inversores en criptoactivos, cuya

pérdida por vacío legal sería tan grave como la de cualquier otro bien patrimonial. De ahí que el Derecho de sucesiones deba ampliarse y adaptarse, sin perder de vista los principios tradicionales, pero aplicándolos con la flexibilidad y sensibilidad que requiere el contexto digital.

La conciencia social sobre la herencia digital está creciendo. Cada vez se conocen más casos de familias que luchan por acceder a las cuentas de un ser querido fallecido, o de empresas que se niegan a entregar información necesaria, o de testamentos que comienzan a incluir cláusulas tecnológicas. El legislador no puede permanecer ajeno a esta realidad. Es preciso actualizar nuestras leyes para brindar seguridad jurídica tanto en vida, que el individuo sepa que sus deseos digitales serán respetados, como tras la muerte, que los herederos tengan claras sus facultades y límites.

En conclusión, nos encontramos ante un desafío jurídico de la era digital: integrar el vasto y novedoso universo de bienes digitales en el seno del Derecho sucesorio clásico, sin fracturar los valores esenciales. El desafío exige innovar en las soluciones normativas, dialogar con otras ramas del Derecho: protección de datos, contratos; aprender de las experiencias comparadas y, sobre todo, mantener en el centro la dignidad de la persona, incluso después de fallecida. Las propuestas aquí esbozadas pretenden contribuir a ese objetivo, ofreciendo un marco que combine la protección de la privacidad y la voluntad personal con la garantía de los derechos patrimoniales de los herederos, dentro de un contexto tecnológicamente neutro y adaptable al rápido cambio.

La implementación de estas reformas convertiría a España en un ordenamiento a la vanguardia en esta materia, proporcionando certidumbre allí donde hoy reina la duda y anticipándose a los conflictos que, de lo contrario, irán en aumento conforme las generaciones plenamente digitales alcancen edad avanzada. En definitiva, se trata de asegurar que también en el mundo digital se cumpla el adagio de la última voluntad del difunto es ley, al tiempo que se salvaguardan los derechos de todos los involucrados, logrando así un equilibrio justo y humano en la sucesión de los bienes digitales.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN VEGA, A.: "El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la memoria defuncti?", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm..282, 2024.

AGUAS VALERO, G.: "El testamento digital", *Revista de derecho aragonés*, núm. 28, 2022.

BARRERA IBÁÑEZ, S.: *Identidad digital y testamento digital Testamento ¿Digital?* , (coord. por R. OLIVA LEÓN R, S. VALERO BARCELÓ), 2016.

BASTANTE GRANELL, V.: " Menor de edad y últimas voluntades digitales/ Minor and last digital wills", *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, núm. 4, 2022.

CAMARA LAPUENTE, S.:

- "La propuesta de Carta de Derechos Digitales: reflexiones de Derecho privado y técnica legislativa", *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm. 7, 2020.
- "La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: Una aproximación", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 84, 2019.
- "La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019.

CASTILLO PARRILLA, J. S.: *Bienes digitales: una necesidad europea*, Dykinson, 2018.

COBAS COBIELLA, M^a. E.: "El testamento digital ¿memoria pretérita digital?", en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (coord. por. A. CARRIÓN VIDAL, R. MUÑOZ GONZALO), Tirant lo Blanch, 2022.

CUCURULL POBLET, T.:

- "Más allá de lo tangible: la herencia de los activos digitales", *Claves Jurídicas*, núm. 1, 2024.
- "La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)", *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, núm. 2, 2022.

CHRISTANDL, G.: "La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales", en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y*

comparados (coord. por J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ) Thomson-Aranzadi, 2019.

DÍAZ ALABART, S.: *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Editorial Reus, 2020.

DOUVILLE, T.: "Directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union. Aspects relatifs à la protection des données à caractère personne", *Revue des affaires européennes*, núm.4, 2019.

GARCIA, U.: "Herencia digital: Comentario a la Sentencia del Bundesgerichtshof alemán de 27.08.2020 (Urteil vom 12.07.2018, Az.: III ZR 183/17)" *Derecom: Revista Internacional de Derecho de la Comunicación y las Nuevas Tecnologías*, núm.31, 2021.

GINEBRA MOLINS, M.^a E.: "Voluntades digitales en caso de muerte", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, núm.1, 2020.

GONZÁLEZ MENDOZA, D.P.: "Los perfiles digitales después de la muerte, una perspectiva europea", *Estudios en derecho a la información*, núm.11, 2021.

GONZÁLEZ SOLÓRZANO, G.: "El impacto de las redes sociales en el derecho sucesorio ecuatoriano y a nivel internacional", en *Nuevas tecnologías aplicadas a las ciencias*, 2024.

LLEONART CASTRO, J.: "Algunas cuestiones prácticas sobre la transmisión "mortis causa" del patrimonio digital", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 116, 2023.

MARINO, G.: "La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. nota a la ley modelo americana sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, 2015.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: "Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35, 2019.

MARTOS CALABRÚS, M^a. A.: "Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual", en *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum* (coord. por M. HERRERO OVIEDO), La Ley, Madrid, 2014.

MORATALLA ESCUDERO, J. R.: "La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital", *Revista de derecho actual*, núm.1, 2016.

MORETÓN SANZ, M^a. F.: "La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio online sobre voluntades digitales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, 2023.

NAVAS NAVARRO, S.: "Herencia y protección de datos de personas fallecidas propósito del mal denominado "testamento digital", *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, Mes I, 2020.

ORDELÍN FONTI, J. L.: "Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español", *Revista de Derecho*, vol. 33, núm. 1, 2020.

OTERO CRESPO, M.: "La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española", *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm.4, 2019.

PALANCO CÁRDENAS, C.: "La transmisión por causa de muerte del patrimonio digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extraordinario 20, 2024.

RAMÓN FERNANDEZ, F.: "Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el derecho español", *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 4, núm.14, 2019.

ROSALES DE SALAMANCA, F.: "Testamento digital", (coord. por R. OLIVA LEÓN, S. VALERO BARCELÓ), 2016.

SANTOS MORÓN, M^a. F.: "La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.10, núm.1, 2018.



CIUDADES INTELIGENTES: DESAFÍOS PARA LA
TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL SISTEMA
JURÍDICO MEXICANO

*SMART CITIES: CHALLENGES FOR PROPERTY TRANSFER IN
THE MEXICAN LEGAL SYSTEM*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 478-501

Karla
CANTORAL
DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: En México se trabaja para alcanzar en el año 2030 los 17 Objetivos para el Desarrollo Sostenible, que emitió la Organización de las Naciones Unidas. En el caso del objetivo II, relativo a “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles”, se han realizado acciones multidisciplinarias orientadas hacia el diseño y configuración de las denominadas “ciudades inteligentes”. El objetivo de este artículo consiste en analizar el concepto de ciudades inteligentes y el reconocimiento del derecho a la ciudad en el sistema jurídico mexicano, para identificar algunos de los avances que se tienen orientados a hacer posible el derecho a un desarrollo sostenible, por ejemplo, en la transmisión de la propiedad en el sector inmobiliario.

PALABRAS CLAVE: Ciudades inteligentes; desarrollo sostenible; registro público de la propiedad; certeza jurídica; firma electrónica.

ABSTRACT: In Mexico, work is underway to achieve the 17 Sustainable Development Goals established by the United Nations by 2030. In the case of Goal II, “Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient, and sustainable,” multidisciplinary actions have been carried out toward the design and configuration of so-called “smart cities.” The objective of this article is to analyze the concept of smart cities and the recognition of the right to the city in the Mexican legal system, in order to identify some of the advances that have been made toward making the right to sustainable development possible, for example, in the transfer of property in the real estate sector.

KEY WORDS: Smart cities; sustainable development; public property registry; legal certainty; electronic signature.

SUMARIO.-I. INTRODUCCIÓN.- II. CIUDADES INTELIGENTES: ANÁLISIS DEL CONCEPTO.- III. DERECHO A LA CIUDAD INTELIGENTE: RECONOCIMIENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.- IV. INNOVACIÓN DIGITAL EN LAS CIUDADES INTELIGENTES: LA EXPERIENCIA DE MÉXICO.- I. Norma Mexicana NMX-I-4903-NICE-2021.- 2. Tecnología 3DP para la construcción de viviendas en Nacajuca, Tabasco.- V. USO DE SISTEMAS AUTOMATIZADOS PARA LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LAS CIUDADES INTELIGENTES: REGISTRO DE LA PROPIEDAD ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA EN MÉXICO.- I. Política pública en México para modernizar los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros.- 2. Legislación en la Ciudad de México para el registro de la transmisión inmobiliaria.- 3. Legislación aplicable en la Ciudad de Guadalajara para el registro de la transmisión inmobiliaria.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En México se trabaja para alcanzar en el año 2030 los 17 Objetivos para el Desarrollo Sostenible, que emitió la Organización de las Naciones Unidas. En el caso del objetivo 11, relativo a “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles”¹, se realizan acciones multidisciplinarias orientadas hacia el diseño y configuración de las denominadas “ciudades inteligentes”.

El objetivo de este artículo consiste en analizar el concepto de ciudades inteligentes y el reconocimiento del derecho a la ciudad en el sistema jurídico mexicano, para identificar algunos de los avances que se tienen orientados a hacer posible el derecho a un desarrollo sostenible, por ejemplo, en la transmisión de la propiedad en el sector inmobiliario.

La hipótesis que se plantea es la siguiente: El uso de sistemas electrónicos para la transmisión de la propiedad inmobiliaria en México permite mejorar los procesos en las ciudades inteligentes, sin embargo, la certeza jurídica de las partes que intervienen en la celebración de un acto jurídico tiene efectos declarativos al momento de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, acción que solamente puede ser calificada por la persona con facultades otorgadas legalmente para ello.

¹ Organización de las Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

• **Karla Cantoral Domínguez**

Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde forma parte del Cuerpo Académico Consolidado “Estudios de Derecho Civil”. Investigadora Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación. Desde 2017 es miembro regular a la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico karlacantoral@gmail.com.

Se comenta la experiencia normativa y de acciones de políticas públicas desarrolladas en México para la implementación de las ciudades inteligentes. Además, se presenta el caso de la Ciudad de México y Guadalajara, en cuanto a su regulación para la modernización y funcionamiento del Registro Público de la Propiedad a través del uso de sistemas informáticos en los que la firma electrónica avanzada es fundamental para otorgar certeza jurídica a los actos que realiza la autoridad registral.

II. CIUDADES INTELIGENTES: ANÁLISIS DEL CONCEPTO.

El concepto de ciudad inteligente originalmente surgió vinculado al uso de las tecnologías de información y comunicación, como herramienta de gestión eficiente. Actualmente, además de considerar su dimensión digital, las ciudades inteligentes están asociadas a los conceptos de sostenibilidad, eficiencia, participación, innovación, gobernanza e inclusión social².

En los entornos urbanos es necesario tomar en cuenta servicios tales como: movilidad y transporte; eficiencia energética; planificación urbanística; gestión de residuos y contaminación ambiental; generación de valor económico y bienestar social de los ciudadanos. El concepto de ciudades inteligentes o *smart cities* se orienta en dos dimensiones: primero como una ciudad intensiva en tecnología, con sensores desplegados de forma masiva y servicios públicos eficientes gracias a la información captada en tiempo real por miles de dispositivos interconectados. La segunda dimensión de las ciudades inteligentes se entiende como aquella ciudad que promueve una mejor relación entre los ciudadanos y las administraciones públicas, sustentadas en las tecnologías disponibles, de esta forma surgen iniciativas como Gobierno Abierto y Datos Abiertos, para crear aplicaciones móviles o servicios para reportar alguna incidencia³.

En el ámbito internacional, han surgido diversas iniciativas orientadas hacia las ciudades inteligentes, es el caso de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, que fue aprobada en el año 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el propósito de tomar medidas para reconducir al mundo por el camino de la sostenibilidad y la resiliencia. Se establecieron 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con el fin de incorporarlos en los siguientes quince años, resaltando para efectos de este trabajo el objetivo II, relativo a "Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles"⁴.

2 ONTIVEROS, E., VIZCAINO, D. y LÓPEZ SABATER, V.: *Las ciudades del futuro: inteligentes, digitales y sostenibles*, Ariel-Fundación Telefónica, Madrid, 2016, pp. 57-59.

3 Ídem.

4 Organización de las Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>.

En el año 2023 se emitió un informe especial acerca del avance sobre la implementación de los ODS⁵, en el cual se advirtió que para lograr el objetivo 11, los esfuerzos deben centrarse en implementar políticas y prácticas de desarrollo urbano inclusivas, resilientes y sostenibles que prioricen el acceso a servicios básicos, viviendas asequibles, transporte eficiente y espacios verdes para todos. En el informe de 2023 se tomaron en cuenta diversos factores relacionados al objetivo 11, entre los que se destacan:

- Las ciudades y pueblos más pequeños están registrando un crecimiento más rápido de poblaciones de barrios marginales que las grandes ciudades.

- La demanda de transporte urbano continúa aumentando exponencialmente, en particular en los países en desarrollo. Los datos de 2022 revelan que sólo el 51.6% de la población urbana mundial tiene un acceso conveniente al transporte público, sin embargo, existe la necesidad de que las ciudades integren a los sistemas de transporte motorizado la posibilidad de movilización de peatones y bicicletas mediante planes de movilidad urbana sostenible a largo plazo, inversiones en infraestructura e implementación de normativas.

- La expansión urbana está superando el incremento de la población en la mayoría de las ciudades, y al no contar con una adecuada planeación provoca efectos perjudiciales sobre la sostenibilidad.

Para que una ciudad sea considerada inteligente debe incorporar elementos orientados a mejorar su gobernanza, planificación e infraestructura, de tal manera que éstos se reflejen en su capital humano y social, para propiciar un desarrollo sostenible.

Una ciudad inteligente es aquella que coloca a las personas en el centro del desarrollo, incorpora tecnologías de información y comunicación en la gestión urbana y usa estos elementos como herramientas para estimular la formación de un gobierno eficiente que incluya procesos de planificación colaborativa y participación ciudadana. Al promover un desarrollo integrado y sostenible, las ciudades inteligentes se tornan más innovadoras, competitivas, atractivas y resilientes, mejorando así vidas⁶. De esta forma, una ciudad inteligente integra sus distintas áreas a través del uso de redes de comunicación de banda ancha, cómputo en la nube, dispositivos inteligentes móviles, programas de análisis y sensores; estos recursos digitales captan datos generados por diferentes agentes

5 Organización de las Naciones Unidas, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2023: Edición especial. Por un plan de rescate para las personas y el planeta*, 2023, pp. 34-35, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/cities/>.

6 BOUSKELA, M., CASSEB, M., BASSI, S., DE LUCA, C. y FACCHINA, M.: *La ruta hacia las Smart Cities. Migrando de una gestión tradicional a la ciudad inteligente*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2016, p. 16.

-personas o dispositivos- procesa esos datos generando informaciones y permite construir y aplicar ese conocimiento para apoyar la toma de decisiones y ofrecer mayor calidad de vida y beneficios a sus ciudadanos, por ejemplo, a través de las paradas de autobuses inteligentes, los usuarios pueden tener información en tiempo real sobre la llegada del próximo autobús.

Desde el año 2011, el Banco Interamericano de Desarrollo ha elaborado planes de acción para municipios de América Latina y el Caribe, para apoyar el desarrollo de estrategias de sostenibilidad urbana, que le permitan transitar hacia un modelo de ciudad inteligente. Los proyectos contemplaban propuestas de solución integradas para atender demandas de las ciudades en los ámbitos de seguridad, tránsito, transporte, respuesta a emergencias y desastres, conectividad y gobernanza⁷, así se trabajó con algunas ciudades como Goiania, Vitória, João Pessoa, Palmas y Florianópolis en Brasil, Barranquilla, Valledupar y Villavicencio en Colombia, Montevideo en Uruguay, Montego Bay en Jamaica, Valdivia en Chile, Nassau en Las Bahamas y Guadalajara en México.

El profesor COHEN describió la implementación de las ciudades inteligentes en tres fases⁸:

- Smart cities 1.0: se refiere a proyectos ofrecidos por proveedores de tecnología a gestores municipales que no tenían el conocimiento para entender las soluciones tecnológicas en las ciudades.

- Smart cities 2.0: los municipios perciben el potencial de la tecnología y logran definir proyectos tecnológicos que coadyuven a mejorar la calidad de vida.

- Smart cities 3.0: los ciudadanos actúan como participantes activos del proceso para el diseño y planeación de ciudades inteligentes y sostenibles.

El Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos conocido por sus siglas como ONU-Habitat, promueve el desarrollo de asentamientos humanos social y ambientalmente sostenibles, tratando de lograr una mejor calidad de vida para todas las personas en las ciudades y comunidades. Dentro de las acciones y políticas que impulsa este organismo internacional, se encuentra la Nueva Agenda Urbana, misma que se adoptó en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible en Hábitat III, en la Ciudad de Quito, Ecuador, en el año 2016, en la cual se establecen estándares y principios para la planificación, construcción, desarrollo, gestión y mejora de las áreas urbanas a través de cinco pilares principales: políticas urbanas nacionales,

⁷ Ibidem, pp. 131-132.

⁸ COHEN, B.: *The 3 Generations Of Smart Cities*. Fast Company, 2015, disponible en <https://www.fastcompany.com/3047795/the-3-generations-of-smart-cities>.

legislación y regulaciones urbanas, planificación y diseño urbano, economía local y finanzas municipales, así como la implementación local.⁹ En la Nueva Agenda Urbana se destaca que si no se planifica de forma adecuada, la urbanización puede provocar desórdenes en el ámbito económico, político, social y cultural, por tanto, el diseño y planificación de una ciudad inteligente debe tomar en cuenta las necesidades de todas las personas, incluidas aquellas en situación de vulnerabilidad, es el caso de niñas, niños y adolescentes, migrantes, personas con discapacidad¹⁰, adultos mayores, indígenas, entre otros.

Otro estudio realizado por ONU-Habitat es el Informe Perspectivas Mundiales sobre Ciudades Inteligentes 2024¹¹, en el que se presentan las tendencias, desafíos y oportunidades sobre las ciudades inteligentes, además ofrece recomendaciones y directrices para fomentar la innovación y la urbanización sostenible.

Como refiere la Directora Ejecutiva de ONU-Habitat en el prólogo de dicho informe, el acceso equitativo a la tecnología es imperativo para garantizar que todos los residentes urbanos, independientemente de su estatus socioeconómico, puedan beneficiarse de la transformación digital. Esto incluye invertir en infraestructura, promover soluciones intersectoriales mediante alianzas y modelos de contratación innovadores, mejorar la alfabetización digital y desarrollar marcos regulatorios que protejan los derechos humanos y promuevan la transparencia. Además, las ciudades deben adoptar prácticas responsables de Inteligencia Artificial (IA), destacando las consideraciones éticas que conlleva su integración en los sistemas urbanos. Garantizar que las tecnologías de IA sean transparentes, responsables y libres de sesgos es esencial para generar confianza entre los ciudadanos y crear ciudades verdaderamente inclusivas, sostenibles y resilientes¹².

El informe se orienta hacia un panorama de las ciudades inteligentes centradas en las personas, por lo que se formulan recomendaciones para aprovechar aún más el potencial de la innovación en contextos urbanos en siete dimensiones:

- Inclusión, Equidad y Derechos Humanos
- Participación y colaboración humanitaria
- Alfabetización digital

9 Organización de las Naciones Unidas, *Nueva Agenda Urbana* adoptada en Hábitat III, en la Ciudad de Quito, Ecuador, 2016, disponible en: <https://habitat3.org/the-new-urban-agenda>.

10 Un ejemplo sobre cómo deben implementarse las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en las ciudades inteligentes lo encontramos en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Guía práctica sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

11 ONU-Habitat, *World Smart Cities Outlook 2024*, Edinburgh Napier University, 2024, disponible en: <https://unhabitat.org/world-smart-cities-outlook-2024>.

12 *Ídem*.

- Prosperidad compartida
- Sostenibilidad ambiental
- Gobernanza y Regulaciones
- Infraestructura digital y servicios de ciudades inteligentes

De estas dimensiones, nos centraremos en la primera y la séptima, específicamente en cuanto se refiere a las siguientes recomendaciones. En cuanto a la dimensión “Inclusión, equidad y derechos humanos”:

- Los gobiernos nacionales, en consulta con las autoridades locales y las instituciones internacionales, deben elaborar y aplicar una guía política integral para el diseño de soluciones inclusivas de ciudades inteligentes.

- Las organizaciones internacionales deben establecer regulaciones sobre derechos humanos y la ética de la tecnología en las ciudades.

- Los gobiernos municipales y sus socios deben desarrollar capacidades locales para mejorar el monitoreo de proyectos de ciudades inteligentes mediante la recopilación y el análisis de datos granulares y desagregados.

- Los gobiernos municipales y sus socios, incluyendo empresas privadas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas y ciudadanos, deben realizar y aplicar sistemáticamente evaluaciones de impacto en los derechos humanos, tanto ex ante como ex post.

Respecto a la dimensión “Infraestructura digital y servicios de ciudades inteligentes”:

- La supervisión pública de las infraestructuras críticas y los servicios esenciales debe fortalecerse mediante la participación de las comunidades locales y el fortalecimiento de las autoridades reguladoras.

- Los gobiernos municipales deben establecer programas específicos para apoyar las iniciativas empresariales locales destinadas a abordar los desafíos urbanos mediante la innovación social y digital.

- Los responsables políticos nacionales e internacionales deben modernizar las normativas de contratación pública para incorporar prácticas innovadoras en la contratación de servicios e infraestructuras digitales.

- Los gobiernos municipales deben colaborar entre sí para fomentar alianzas colaborativas que faciliten la cocreación de innovaciones urbanas escalables y adaptables.

- Los gobiernos locales y nacionales deben colaborar con proveedores privados e instituciones de investigación para impulsar modelos de negocio alternativos para las infraestructuras y los servicios digitales.

En el referido informe, se define ciudad inteligente como “Una ciudad innovadora que utiliza las tecnologías de la información y la comunicación y otros medios para mejorar la calidad de vida, la eficiencia del funcionamiento y los servicios urbanos, y la competitividad, garantizando al mismo tiempo que satisface las necesidades de las generaciones presentes y futuras en los aspectos económicos, sociales, ambientales y culturales”¹³. Además, basándose en el Programa Insignia de ONU-Hábitat sobre Ciudades Inteligentes centradas en las personas, tenemos que “una ciudad inteligente está centrada en las personas cuando utiliza tecnologías digitales de manera ética, inclusiva y sostenible para garantizar que nadie se quede atrás”¹⁴, como podemos advertir este modelo coincide con la tercera fase de ciudades inteligentes propuesta por el profesor COHEN.

III. DERECHO A LA CIUDAD INTELIGENTE: RECONOCIMIENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Como refiere el profesor COTINO¹⁵, “la transformación digital y las tecnologías disruptivas encabezadas con la inteligencia artificial están haciendo cambiar a nuestro sector público y al derecho, aunque sea tarde y no siempre bien”. Lo anterior nos lleva a cuestionarnos acerca de la regulación o normativa que debe tutelar el derecho a las ciudades inteligentes, si basta con códigos de buenas prácticas, normas éticas o tratados internacionales, más bien habría que analizar desde una perspectiva interdisciplinaria los diferentes escenarios previos y posteriores en los que se utilizan tecnologías de información y se tratan datos en las ciudades inteligentes, tales como salud, educación, vivienda, movilidad, etcétera.

El derecho a la ciudad¹⁶ es la posibilidad de construir un entorno en el que se pueda vivir dignamente, reconocerse como parte de él y donde se posibilite la distribución equitativa de distintos tipos de recursos, tales como: trabajo, salud,

13 Resolución sobre las Directrices Internacionales para las Ciudades Inteligentes Centradas en las Personas, Segundo Período de Sesiones de la Asamblea de ONU-Hábitat (HSP/HA.2/Res.I), junio 2023, disponible en: https://unhabitat.org/sites/default/files/2023/09/english_9.pdf.

14 ONU-Habitat, *World Smart Cities Outlook 2024*, Edinburgh Napier University, 2024, p. 8.

15 COTINO HUESO, L.: “Presentación”, en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A. (coord.): *Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente*, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Universitat de València, 2022, p. 17.

16 CASTELLANOS CLARAMUNT, J.: “Derecho a la ciudad inteligente: una relectura de los postulados de Lefevre con la incidencia del big data y la inteligencia artificial”, en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A. (coord.):

educación, vivienda, participación, entre otros, de tal forma que el ejercicio de este derecho está relacionado a las ciudades inteligentes, ya que con la ayuda de los algoritmos se satisfacen necesidades diarias de las ciudades para coadyuvar a una mejor calidad de vida de sus habitantes.

El derecho a la ciudad se encuentra regulado en México en diversos ordenamientos legales, es el caso de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano¹⁷, dentro de sus principios de política pública, en su art. 4º fracción I, dispone que este derecho consiste en garantizar a todos los habitantes de un Asentamiento Humano o Centros de Población el acceso a la vivienda, infraestructura, equipamiento y servicios básicos, a partir de los derechos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales suscritos por México en la materia.

En el ámbito de competencia de las entidades federativas, el derecho a la ciudad aparece en la Constitución Política de la Ciudad de México¹⁸, en el art. 12 prevé que consiste en el uso y usufructo pleno y equitativo de la ciudad, fundado en principios de justicia social, democracia, participación, igualdad, sustentabilidad, de respeto a la diversidad cultural, a la naturaleza y al medio ambiente. Así, el derecho a la ciudad es un derecho colectivo que garantiza el ejercicio pleno de los derechos humanos, la función social de la ciudad, su gestión democrática y asegura la justicia territorial, la inclusión social y la distribución equitativa de bienes públicos con la participación de la ciudadanía.

Algunas acciones clave a considerar en una ciudad inteligente son: gobernanza, economía, movilidad, medio ambiente, ciudadano y hábitat¹⁹. Uno de los pilares básicos de las ciudades inteligentes es la accesibilidad, la cual debe garantizarse tanto en el espacio digital como físico, en el caso de México, se prevé en la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, que la planeación, regulación y gestión de los asentamientos humanos, deben conducirse en apego a diversos principios de política pública, entre los que se destaca el de accesibilidad universal y movilidad, que consiste en promover una adecuada accesibilidad universal que genere cercanía y favorezca la relación entre diferentes actividades urbanas con medidas como la flexibilidad de usos del suelo compatibles y densidades sustentables, un patrón coherente de redes viales primarias, la distribución jerarquizada de los equipamientos y una efectiva

Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Universitat de València, 2022, pp. 23-50.

17 Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2016, última reforma publicada el 1 de abril de 2024.

18 Constitución Política de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el día 5 de febrero de 2017, cuya última reforma se publicó el 23 de diciembre de 2024.

19 ONTIVEROS, E., VIZCAÍNO, D. y LÓPEZ SABATER, V.: *Las ciudades del futuro*, cit., p. 124.

movilidad que privilegie las calles completas, el transporte público, peatonal y no motorizado²⁰.

Así también, en la Ley General de Movilidad y Seguridad Vial, se reconoce el principio de accesibilidad, relativo a garantizar el acceso pleno en igualdad de condiciones, con dignidad y autonomía a todas las personas al espacio público, infraestructura, servicios, vehículos, transporte público y los sistemas de movilidad tanto en zonas urbanas como rurales e insulares mediante la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, discriminación, exclusiones, restricciones físicas, culturales, económicas, así como el uso de ayudas técnicas y perros de asistencia, con especial atención a personas con discapacidad, movilidad limitada y grupos en situación de vulnerabilidad²¹.

El 15 de abril de 2025, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Plan Nacional de Desarrollo 2025-2030²², entre sus ejes generales están: Gobernanza con justicia y participación ciudadana, así como desarrollo con bienestar y humanismo y desarrollo sustentable, por lo que el derecho a la ciudad está inmerso en las políticas públicas del gobierno de México. Se prevé además que el desarrollo sustentable es un principio fundamental para garantizar el bienestar de las generaciones presentes y futuras, por lo que se busca lograr un equilibrio entre el desarrollo económico, social y ambiental que preserve el medio ambiente y evite un daño irreversible, al tiempo que busca evitar que se agoten los recursos naturales y permitir su disfrute a las próximas generaciones.

IV. INNOVACIÓN DIGITAL EN LAS CIUDADES INTELIGENTES: LA EXPERIENCIA DE MÉXICO.

Ante el modelo de las ciudades inteligentes resulta esencial la interoperabilidad que garantice el máximo aprovechamiento de los datos y que los gobiernos no queden obligados a utilizar plataformas concretas para poder explotar los datos. Sin embargo, los riesgos de las ciudades inteligentes son similares a las vulnerabilidades y amenazas de ciberseguridad que son habituales ante el uso de tecnologías de información. Una ciudad inteligente implica la explotación masiva de datos con su captación, recopilación, almacenamiento, análisis y extracción de valor para la toma de decisiones y prestación de servicios²³.

20 Cfr. Art. 4 fracción X de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

21 Cfr. Art. 4 fracción I de la Ley General de Movilidad y Seguridad Vial, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 2022, última reforma publicada el 29 de diciembre de 2023.

22 Plan Nacional de Desarrollo 2025-2030, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de abril de 2025.

23 COTINO HUESO, L.: "Ciberseguridad, privacidad y gobernanza para la explotación de datos por la ciudad inteligente", en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A. (coord.): *Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente*, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Universitat de València, 2022, pp. 81-123.

Por ejemplo, el seguimiento a los usuarios del transporte público, adaptación de la intensidad del alumbrado público a las personas que circulan por la calle, son servicios que se pueden brindar a partir del uso de la tecnología y de los datos, lo que permite que los servicios sean más inclusivos al poder identificar las necesidades específicas de cada individuo²⁴. Algunas ciudades inteligentes en la República Mexicana son: Ciudad de México, Guadalajara, Monterrey, Puebla y Querétaro.

La Coalición de Ciudades por los Derechos Digitales²⁵ es una iniciativa para promover y defender los derechos digitales de los ciudadanos, residentes y visitantes en ciudades y entornos urbanos, cuenta con varios proyectos clave, tales como “Marco de gobernanza de los Derechos Digitales”, para apoyar a los gobiernos municipales a desarrollar su capacidad de proteger los derechos digitales, toda vez que en la medida que se depende cada vez más del internet es necesario garantizar los derechos de las personas en el entorno digital.

Este proyecto²⁶, consta de dos componentes principales destinados a promover los derechos digitales de forma práctica y basada en principios: un marco normativo y pragmático para la implementación de los derechos digitales en toda la ciudad, que establece las bases, las estructuras y las herramientas necesarias para desarrollar una gobernanza basada en los derechos de la digitalización de los servicios municipales, así como una mesa de ayuda para los derechos digitales, lo que significa un diseño que incluirá asesoramiento técnico en materia de derechos digitales, apoyo *ad hoc* y asesoramiento centrado en el desarrollo de capacidades en las ciudades piloto participantes.

Actualmente sesenta ciudades pertenecen a esta coalición, en el caso de México, únicamente se encuentra registrada la ciudad de Guadalajara, en el Estado de Jalisco.

I. Norma Mexicana NMX-I-4903-NICE-2021.

Como parte de la experiencia mexicana en cuanto a la implementación de las ciudades inteligentes, se destaca la Norma Mexicana NMX-I-4903-NICE-2021, que describe los indicadores clave de desempeño en el contexto de las ciudades inteligentes y sostenibles utilizadas para evaluar el logro de los objetivos de desarrollo sostenible²⁷. Esta norma se elaboró en sintonía con la

24 CERRILLO I MARTÍNEZ, A.: “Ciudades inteligentes y derechos digitales” en MORA RUIZ, M. (directora): *De las Smart cities a las ciudades integradoras: propuestas socio-jurídicas para una administración local del S. XXI*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 253-279.

25 Al respecto véase <https://citiesfordigitalrights.org/cities>

26 Cfr. <https://citiesfordigitalrights.org/digitalrightsgovernance>.

27 Declaratoria de vigencia de la Norma Mexicana NMX-I-4903-NICE-2021, Telecomunicaciones-Indicadores clave de desempeño relacionados con las ciudades inteligentes y sostenibles, para evaluar el logro de los

norma internacional *Recommendation ITU-T Y.4903:2016, key performance indicators for smart sustainable cities to assess the achievement of sustainable development goals*.

La elaboración de la norma mexicana estuvo a cargo del Organismo Nacional de Normalización denominado “Normalización y Certificación NYCE, S.C.” a través del comité técnico de normalización nacional de electrónica y tecnologías de la información y comunicación. En la norma se establecen los indicadores de desempeño que debe tener una localidad para efectos de que se pueda considerar como ciudad inteligente.

En el apartado correspondiente a términos y definiciones, se establece que una ciudad inteligente y sostenible es una ciudad innovadora que utiliza las tecnologías de información y comunicación y otros medios para mejorar la calidad de vida, la eficiencia de la operación y los servicios urbanos y la competitividad, asegurando que satisfice las necesidades del presente y de futuras generaciones con respecto a aspectos económicos, sociales, ambientales y culturales²⁸. Esperemos que pronto sea una realidad el incremento de ciudades inteligentes en la República Mexicana con la debida planificación y orientadas a resolver las necesidades de sus habitantes.

2. Tecnología 3DP para la construcción de viviendas en Nacajuca, Tabasco.

Otro ejemplo de la experiencia mexicana en cuanto a la implementación de las ciudades inteligentes, lo encontramos a través del uso de la tecnología de impresión 3D (3DP) para la construcción de edificios completos.

Esto sucedió en el municipio de Nacajuca, Tabasco, México, en el que organizaciones sin fines de lucro y empresas utilizaron la 3DP para construir 500 viviendas sismorresistentes en una región con alto riesgo sísmico y la mitad de la población viviendo por debajo del umbral de pobreza. Además, la 3DP promueve la sostenibilidad, ya que los polímeros impresos en 3D reducen las emisiones de carbono en un 80% en comparación con los tipos comunes de cemento y los residuos de construcción entre un 30% y un 60%. Nacajuca se encuentra en una región selvática, en este proyecto se logró la construcción de un barrio con 500 casas de 46 m², convirtiéndola en la primera comunidad del mundo con casas impresas en 3D.

La construcción es sencilla y rápida: una tableta o un teléfono inteligente controla la impresora, requiere solo unos tres trabajadores y permite terminar una casa en menos de 24 horas sin sacrificar la calidad. Además, las casas están

objetivos de desarrollo sostenible, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 2022. Dicha norma entró en vigor a los sesenta días naturales contados a partir del día siguiente de su publicación.

28 Cfr. Apartado 2.4 de la Norma Mexicana NMX-I-4903-NICE-2021.

adaptadas a las condiciones locales: Nacajuca se encuentra en una zona sísmica y sus casas ya han resistido un terremoto de magnitud 7.4²⁹.

Se eligió la localidad de Tucta, Nacajuca, de origen chontal para la realización de este proyecto, por su situación de comunidad en situación de riesgo y porque requerían casas habitación que resolvieran problemas de clima y humedad, debido a las inundaciones que padecen en temporadas de lluvia. En una entrevista, el empresario Brett Hagler,³⁰ director y fundador de New Story, explicó que para hacer una de estas casas, la impresora para las viviendas 3D coloca una mezcla de concreto en capas con las que se construyen pisos y paredes -“como si fuera helado de máquina”-, y su *software* monitorea las condiciones climáticas de la zona donde se ubicarán, de tal forma que el aparato pueda ajustar el material a las necesidades de la región. Una vez terminadas, los trabajadores les colocan las puertas y el techo.

V. USO DE SISTEMAS AUTOMATIZADOS PARA LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LAS CIUDADES INTELIGENTES: REGISTRO DE LA PROPIEDAD ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA EN MÉXICO.

Una de las áreas a tomar en cuenta en las ciudades inteligentes es el relativo al sector inmobiliario y por ende al derecho de propiedad vinculado al patrimonio de las personas. La transmisión de los bienes inmuebles está reglamentada en los códigos civiles de cada entidad de la República Mexicana, recordemos que existen 32 estados en México en el que cada uno de ellos cuenta con su propia legislación en materia civil y familiar, además del código civil federal, es decir que en la actualidad se cuenta en la República Mexicana con 33 códigos civiles, además de las leyes que regulan lo relativo al sector inmobiliario.

En la Constitución Federal³¹ se establece que una de las facultades del Congreso para legislar es en cuanto a expedir las leyes generales que armonicen y homologuen la organización y el funcionamiento de los registros civiles, los registros públicos inmobiliarios y de personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales; esperemos que pronto sea una realidad esta armonización legislativa.

Las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas

29 ONU-Habitat, World Smart Cities Outlook 2024, Edinburgh Napier University, 2024, pp. 61 y 83.

30 Cfr. Entrevista en Periódico La Jornada, 4 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/05/04/politica/viviendas-de-chontales-pioneras-en-utilizar-la-impresion-en-3d/>.

31 Cfr. Art. 73 fracción XXIX-R de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 15 de abril de 2025.

tomando en cuenta su realidad social³². Esto quiere decir que cada Estado de la República Mexicana puede tener su propio ámbito de regulación, poniendo especial atención en determinados aspectos que sean preocupantes en una zona o área específica, de ahí que cada entidad federativa cuenta con una legislación especial en cuanto a la propiedad inmobiliaria para regular la operación y funcionamiento tanto de los Registros Públicos de la Propiedad, como de los Catastros.

I. Política pública en México para modernizar los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros.

Ante el progreso tecnológico y el tránsito hacia las ciudades inteligentes, las autoridades gubernamentales tienen el desafío de implementar acciones que faciliten el servicio a las personas, es el caso de la transmisión de la propiedad en el sector inmobiliario. Dentro de las políticas públicas y acciones que ha impulsado el Gobierno Federal para poder alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible conforme a la agenda 2030, emitió los lineamientos del programa de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros³³, con el propósito de beneficiar directamente a la ciudadanía respecto de la seguridad, certeza jurídica y patrimonial, además de incrementar la recaudación de las haciendas públicas locales.

En estos lineamientos se establece que la modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros se puede lograr a través de la migración del sistema manual hacia un sistema electrónico que les permita dar inicio al trabajo en forma conjunta y la consecuente vinculación de la información registral y catastral de forma planeada, por lo que debe trabajarse en conjunto con los gobiernos estatales y municipales a efecto de definir la mejor estrategia que permita avanzar de forma clara y contundente.

Además de la digitalización del acervo y creación de folios electrónicos o la elaboración y/o actualización de cartografía catastral, también impulsa la generación de procesos para ubicar la problemática en la parte administrativa, técnica y jurídica que permita proyectar una solución integral y permanente que aporte en la integración de un sistema de información especializada, que apoye las diversas actividades relacionadas con el desarrollo territorial y aquellas de índole netamente fiscal. Así, al existir una vinculación registral y catastral, se favorecerá la determinación de la plena identidad de los inmuebles, con base en la representación gráfica en la Cédula Catastral y Registral, para generar con

32 Tesis de jurisprudencia: P./J. 5/2010, Novena Época, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXI, febrero de 2010, p. 2322, bajo el rubro: "Leyes locales en materias concurrentes, en ellas se pueden aumentar las prohibiciones o los deberes impuestos por las leyes generales".

33 Cfr. Lineamientos del programa de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros 2025, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 2025.

ello seguridad y confianza en la celebración de transacciones comerciales sobre inmuebles, así como incentivar el mercado hipotecario; esto, en beneficio de la ciudadanía y fortalecimiento del desarrollo económico de las entidades federativas.

Como refiere Pascua Moreno, nos encontramos en un contexto económico y social cada vez más avanzado tecnológicamente, por lo que las administraciones públicas deben adaptarse a los nuevos tiempos e ir evolucionando en sus formas de gestión y administración, por lo que los Registros Públicos se han de equiparar a otros ámbitos de la sociedad mediante el uso de herramientas tecnológicas³⁴.

El programa de modernización de Registros Públicos y Catastros inició en México desde el año 2007, una de sus finalidades es generar interés y una oportunidad de transformación a la modernización en los gobiernos estatales que presentan menor avance, a efecto de que adopten el Modelo Integral de Registro Público de la Propiedad y el Modelo Óptimo de Catastro, con el objeto de que la inversión conjunta para el desarrollo de los proyectos ejecutivos refleje avance. Otra finalidad, es proveer el intercambio de la información generada por las instituciones registrales y catastrales a través de la interoperabilidad de la Plataforma Nacional de Información Registral y Catastral para facilitar la toma de decisiones en la gestión y el ordenamiento del territorio. El Sistema Integral para la Gestión de Información Registral y Catastral (SIGIRC), es la herramienta que contribuye en el seguimiento del avance de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros, y que permite medir el estatus de modernización en el que se encuentran los gobiernos estatales, con el propósito de conocer el cumplimiento que se da al uso de las tecnologías que impactan en el combate a la corrupción, a través de mayor transparencia, eficiencia y eficacia de sus procesos en beneficio de las personas. De esta forma, el Gobierno Federal destina todos los años una parte del Presupuesto de Egresos, para apoyar con recursos económicos a las entidades federativas y municipios para la modernización de los Registros Públicos y Catastros.

En los lineamientos del año 2025, la instancia responsable de operar este programa por parte del Gobierno Federal es la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU). El objetivo general del programa es contribuir a que las Instituciones registrales y/o catastrales de las entidades federativas y municipios estén modernizadas y brinden certeza jurídica y utilidad pública a partir de la conservación, integración, actualización, vinculación y homologación de la información registral y catastral, así como la incorporación de nuevas tecnologías

34 PASCUA MORENO, M. A.: "El nuevo registro de la propiedad electrónico" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Reus, Madrid, 2024, número 2, pp. 223-257-

y la alineación de la normatividad registral y catastral que mejoren sus procesos y fortalezcan su eficiencia, eficacia y transparencia³⁵.

Cabe destacar que de los recursos económicos que el gobierno federal otorga, las entidades beneficiadas deben aportar el 40%, de tal forma que la SEDATU aportará un subsidio no mayor al 60% del total del recurso del proyecto que se apruebe.

Los objetivos específicos del programa de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros 2025³⁶, son:

I. Apoyar los Proyectos ejecutivos de modernización registral de las entidades federativas y municipios elaborados con base en el Modelo Integral de Registro Público de la Propiedad para lograr su eficiencia y garantizar mejores resultados, a través de la armonización y homologación de sus procesos, la estandarización y vinculación de los datos y el intercambio oportuno y transparente de la información registral, entre los tres órdenes de gobierno;

II. Apoyar los Proyectos ejecutivos de modernización catastral de las entidades federativas y municipios elaborados con base en el Modelo Óptimo de Catastro para lograr su eficiencia y eficacia y garantizar mejores resultados, a través de la armonización y homologación de sus procesos, la estandarización y vinculación de los datos y el intercambio oportuno y transparente de la información catastral, entre los tres órdenes de gobierno;

III. Apoyar los Proyectos ejecutivos de modernización integral de las entidades federativas y municipios elaborados con base en el Modelo Integral de Registro Público de la Propiedad y el Modelo Óptimo de Catastro para garantizar mejores resultados, a través de la armonización y homologación de sus procesos, la estandarización y vinculación de los datos y el intercambio oportuno y transparente de la información registral y catastral, entre los tres órdenes de gobierno;

IV. Apoyar de manera técnica a las Instituciones registrales y/o catastrales de las entidades federativas y municipios para la integración y ejecución de Proyectos de modernización.

Para determinar las entidades beneficiadas, se tomarán en cuenta algunos criterios, por ejemplo, el nivel de rezago en su índice de modernización o que no hayan participado en el programa de modernización.

35 Cfr. Apartado 2.1 de los Lineamientos del programa de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros 2025.

36 Cfr. Apartado 2.2 de los Lineamientos del programa de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros 2025.

2. Legislación en la Ciudad de México para el registro de la transmisión inmobiliaria.

En el Código Civil para el Distrito Federal aplicable para la Ciudad de México³⁷, se establece que para la compraventa de bienes inmuebles que excedan del monto mínimo estipulado, se formalizará en escritura pública y además será inscrita en el Registro Público para que surta efectos, tal como se advierte en los arts. 2320 y 2322:

“...Artículo 2320.- Si el valor de avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317.

Artículo 2322.- La venta de bienes raíces no producirá efectos contra tercero sino después de registrada en los términos prescritos en este Código...”.

La propia naturaleza del derecho de propiedad³⁸, como la importancia del objeto sobre el que recae ese derecho hacen necesario que su transmisión sea segura y se otorgue certeza a las partes que intervienen en el acto jurídico. La contratación a través de las plataformas electrónicas son una realidad, aunque aún no han logrado sustituir el esquema tradicional de la transmisión de la propiedad en el que participan un notario y el Registro Público, para efectos de otorgar certeza jurídica en cuanto a la exactitud del bien inmueble, legalidad, validez y capacidad de los contratantes, sin embargo, el uso de las tecnologías de información facilita la conformación de este proceso.

Un ejemplo del uso de las tecnologías en el sector inmobiliario se puede advertir en el trabajo que se realiza en el Registro Público de la Propiedad. Es el caso de los folios reales que se llevaba en físico, actualmente se utiliza la firma electrónica y se imprime en papel como copia de seguridad de los archivos informáticos³⁹. Se coincide con aquellos autores que sostienen que es perfectamente posible un sistema registral electrónico, siempre que no se sustituya la calificación registral y la intervención del registrador, a efectos de otorgar certeza y seguridad jurídica a los usuarios.

37 Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, cuya última reforma se publicó en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el día 29 de noviembre de 2024.

38 GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a.: “La transmisión de la propiedad inmobiliaria a través de las nuevas tecnologías” en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. (ed.): *Nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 341-369.

39 GÓMEZ GÁLIGO, J.: “Registro de la Propiedad y nuevas tecnologías” en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. (ed.): *Nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 371-389.

La seguridad jurídica es una garantía institucional que se basa en un título auténtico generador del derecho y en su publicidad que opera a partir de su inscripción o anotación registral, por lo tanto, el registrador realizará siempre la inscripción o anotación de los documentos que se le presenten. Además que la inscripción de actos o contratos en el Registro Público tiene efectos declarativos, por lo que no convalida aquellos actos que sean nulos conforme a las leyes⁴⁰.

En la ley registral de la Ciudad de México⁴¹ se prevé que el sistema registral ya cuenta con un folio electrónico, con la limitación de que todo folio será autorizado con firma electrónica del servidor público de la institución que se designe, además deberá quedar constancia en el sistema informático. El procedimiento registral se llevará electrónicamente a través del sistema informático y de comunicación remota. Los asientos que autorice el Registrador mediante firma electrónica son documentos públicos y tendrán valor probatorio pleno.

Sin embargo, el proceso de calificación registral es una atribución que realiza directamente el Registrador y que no puede ser sustituida por el sistema informático.

Resultan interesantes algunos conceptos que presenta la ley registral mencionada, tales como: certificado electrónico; copia certificada electrónica; firma electrónica y firma electrónica notarial⁴². La firma electrónica avanzada que es generada con un certificado reconocido legalmente a través de un dispositivo seguro de creación de firma tiene un valor jurídico equivalente al de la firma autógrafa y es particularmente importante, toda vez que el Registrador practicará los asientos a través del sistema informático y los autorizará con su firma electrónica para que puedan surtir efectos legales.

Es de destacarse la oficina virtual de catastro que tiene la Ciudad de México⁴³, desde su página oficial de internet se pueden realizar diversos trámites, como: impuesto predial, consulta de pagos realizados, administración de avalúos asignados a un notario, registro y gestión de avalúos comerciales o catastrales destinados a peritos valuadores y sociedades, gestión de entrega de solicitudes condominales, entre otras.

40 Cfr. Arts. 12 y 13 de la Ley Registral para la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 11 de junio de 2018, cuya última reforma se publicó el 27 de septiembre de 2024.

41 Cfr. Arts. 21, 24 y 27 de la Ley Registral para la Ciudad de México.

42 Cfr. Art. 3 fracciones VI, IX, XII y XIII de la Ley Registral para la Ciudad de México.

43 Al respecto véase <https://ovica.finanzas.cdmx.gob.mx/>.

3. Legislación aplicable en la Ciudad de Guadalajara para el registro de la transmisión inmobiliaria.

Como se ha mencionado, otra ciudad inteligente en México ubicada en el Estado de Jalisco, es Guadalajara, cuya ley aplicable para el registro de la transmisión inmobiliaria es la Ley del Registro Público de la Propiedad del estado de Jalisco⁴⁴.

El Registro Público de la Propiedad depende del Poder Ejecutivo, a través del cual proporciona el servicio registral para dar publicidad a los actos y hechos jurídicos que así lo requieran. Con la finalidad de preservar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario el Registro Público de la Propiedad deberá aplicar los principios registrales de publicidad, legitimación, rogación, consentimiento, prelación, calificación, inscripción, especialización y tracto sucesivo⁴⁵. El servicio registral se presentará a través de la estructura orgánica prevista en la ley y en su caso, de conformidad a las disposiciones jurídicas aplicables relativas a legislación en materia de firma electrónica en el Estado de Jalisco⁴⁶.

Algunas definiciones que se destacan en la ley registral de Jalisco⁴⁷ para efectos de este trabajo vinculado con el registro de la transmisión inmobiliaria en las ciudades inteligentes son:

- Firma electrónica avanzada: los datos que en forma electrónica son vinculados o asociados a un mensaje de datos y que corresponden inequívocamente al firmante con la finalidad de autenticar el mismo;

- Mensaje de datos: la información generada, enviada, recibida, archivada, reproducida o procesada por el firmante y recibida o archivada por el destinatario a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología;

- Registrador: funcionario depositario de fe pública registral;

- Sistema de información: medio electrónico, óptico o cualquier otra tecnología, utilizable para generar, enviar, recibir, archivar, reproducir o procesar información respecto de los actos registrales contenidos en el acervo documental de la Institución;

- Folio Registral: expediente con toda la información referida a un mismo mueble, inmueble o persona jurídica, considerado cada uno de éstos como una

44 Ley del Registro Público de la Propiedad del Estado Libre y Soberano de Jalisco, publicada en el Periódico Oficial el 3 de febrero de 2001, cuya última reforma se publicó el 29 de julio de 2021.

45 Cfr. Art. 2 y 4 de la Ley del Registro Público de la Propiedad de Jalisco.

46 Ley de Firma Electrónica Avanzada para el Estado de Jalisco y sus Municipios, publicada en el Periódico Oficial el día 26 de diciembre de 2013, última reforma publicada el día 6 de julio de 2021.

47 Cfr. Art. 5 fracciones V, VI, VII, IX y X de la Ley del Registro Público de la Propiedad de Jalisco.

unidad registral con historial jurídico propio, cuya información deba ser procesada de manera electrónica o en forma manual.

Sin embargo, la firma electrónica avanzada tiene, respecto de la información consignada en el mensaje de datos, el mismo valor que la firma autógrafa, respecto de los datos consignados en papel y, en consecuencia, tendrá el mismo valor probatorio que las disposiciones aplicables les otorgan a éstos⁴⁸.

En cuanto al procedimiento registral, los diversos sistemas registrales aplicables por los funcionarios públicos con fe pública registral deberán garantizar seguridad técnica y jurídica, inviolabilidad y la identificación indubitable de los inmuebles, y se llevará a cabo a través de folios registrales, de acuerdo a cada una de las Secciones: Inmobiliaria; Mobiliaria; de Personas Jurídicas y Sección Auxiliar⁴⁹. A través del sistema se realizará la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración, y transmisión de la información registral.

Si en Guadalajara se presenta alguna discrepancia o presunción de alteración de la información del Registro Público de la Propiedad contenida en las bases de datos, o en cualquiera de los respaldos que hubiere, prevalecerá la información contenida en el documento que dio origen al registro, salvo prueba en contrario.

En el caso del Catastro, el gobierno de Guadalajara ofrece desde su página oficial de internet el servicio para que las personas puedan realizar diversos trámites, como: elaboración de dictamen de valor catastral, expedición de fotocopia o información de archivos en catastro, en la modalidad simple o certificada⁵⁰.

Como se puede advertir, en las ciudades inteligentes como Guadalajara el registro de la transmisión inmobiliaria aún opera bajo el esquema tradicional, si bien ya se equipara el valor de la firma electrónica avanzada al de la firma autógrafa, en el caso del funcionario encargado de realizar la calificación registral debe transitarse hacia un modelo digital en el que el sistema permita eficientar estos procesos.

VI. CONCLUSIONES.

Una ciudad para que se denomine inteligente debe contar con elementos centrados en satisfacer las necesidades de las personas, que le permitan mejorar su gobernanza, planificación e infraestructura orientada a sus usuarios, lo que permitirá garantizar el derecho a un desarrollo sostenible.

48 Cfr. Art. 7 de la Ley de Firma Electrónica Avanzada para el Estado de Jalisco y sus Municipios.

49 Cfr. Arts. 56, 57 y 58 de la Ley del Registro Público de la Propiedad de Jalisco.

50 Al respecto véase <https://tramitesdigitales.guadalajara.gob.mx/tramites/query=catastro>

Cada ciudad es única en cuanto a sus aspectos sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales, así que el rediseño de una ciudad para que transite de un modelo tradicional a un modelo inteligente requiere conjuntar esfuerzos y conocimientos transdisciplinarios que vinculados a la tecnología conduzcan hacia el desarrollo sostenible que mejore la calidad de vida de las personas.

El derecho a la ciudad es un derecho colectivo que permite garantizar a todos los habitantes de una población el disfrute de otros derechos humanos, tales como el acceso a la vivienda, infraestructura, equipamiento y servicios básicos, salud y movilidad.

En México, las autoridades gubernamentales tienen el desafío de implementar acciones que faciliten el servicio todas a las personas, es el caso de la transmisión de la propiedad en el sector inmobiliario, ejemplo de estas acciones son los lineamientos del programa de modernización de los Registros Públicos de la Propiedad y Catastros, con el propósito de beneficiar directamente a la ciudadanía respecto de la seguridad, certeza jurídica y patrimonial, en donde se pueda transitar de un sistema manual a un sistema electrónico.

Aún queda mucho camino por recorrer en la transición hacia un modelo de ciudad inteligente centrado en las personas que garantice la protección de sus derechos, sin embargo la participación de diversos actores sociales en México es fundamental para alcanzar un modelo de gobernanza basado en la sostenibilidad.

En atención a la naturaleza del derecho de propiedad, para otorgar certeza a las partes que intervienen en la celebración de un acto jurídico en el que se transmite la propiedad inmobiliaria, el documento notarial que se emite al inscribirse en el Registro Público de la Propiedad tiene efectos declarativos y aun cuando el proceso registral se realiza electrónicamente a través del sistema informático, la facultad que tiene el Registrador para calificar el acto registral no puede obviarse ni sustituirse por un algoritmo, tal como se encuentra regulado en el caso de Ciudad de México y Guadalajara.

BIBLIOGRAFÍA

BOUSKELA, M., CASSEB, M., BASSI, S., DE LUCA, C. y FACCHINA, M.: *La ruta hacia las Smart Cities. Migrando de una gestión tradicional a la ciudad inteligente*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2016.

CASTELLANOS CLARAMUNT, J.: "Derecho a la ciudad inteligente: una relectura de los postulados de Lefevre con la incidencia del big data y la inteligencia artificial", en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A. (coord.): *Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente*, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Universitat de València, 2022.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A.: "Ciudades inteligentes y derechos digitales" en MORA RUIZ, M. (dir.): *De las Smart cities a las ciudades integradoras: propuestas socio-jurídicas para una administración local del S. XXI*, Dykinson, Madrid, 2023.

COHEN, B.: *The 3 Generations Of Smart Cities*. Fast Company, 2015, disponible en <https://www.fastcompany.com/3047795/the-3-generations-of-smart-cities>.

COTINO HUESO, L.: "Ciberseguridad, privacidad y gobernanza para la explotación de datos por la ciudad inteligente", en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A. (coord.): *Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente*, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Universitat de València, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Guía práctica sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

GÓMEZ GÁLLIGO, J.: "Registro de la Propiedad y nuevas tecnologías" en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (ed.): *Nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a.: "La transmisión de la propiedad inmobiliaria a través de las nuevas tecnologías". en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. (ed.): *Nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ONTIVEROS, E., VIZCAÍNO, D. Y LÓPEZ SABATER, V.: *Las ciudades del futuro: inteligentes, digitales y sostenibles*, Ariel-Fundación Telefónica, Madrid, 2016.

ONU-Habitat, *World Smart Cities Outlook 2024*, Edinburgh Napier University, 2024, disponible en: <https://unhabitat.org/world-smart-cities-outlook-2024>

Organización de las Naciones Unidas, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2023: Edición especial. Por un plan de rescate para las personas y el planeta*, 2023, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/cities/>

Organización de las Naciones Unidas, *Nueva Agenda Urbana* adoptada en Hábitat III, en la Ciudad de Quito, Ecuador, 2016, disponible en: <https://habitat3.org/the-new-urban-agenda>

Organización de las Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

PASCUA MORENO, M. A.: "El nuevo registro de la propiedad electrónico", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Reus, Madrid, núm. 2, 2024.

Plan Nacional de Desarrollo 2025-2030, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de abril de 2025.

Resolución sobre las Directrices Internacionales para las Ciudades Inteligentes Centradas en las Personas, Segundo Período de Sesiones de la Asamblea de ONU-Hábitat (HSP/HA.2/Res.1), junio 2023, disponible en: https://unhabitat.org/sites/default/files/2023/09/english_9.pdf.

**LA VIDEOCONFERENCIA EN LOS PROCESOS CIVILES:
ANÁLISIS DEL LABERÍNTICO ART. 129 BIS LEC***

**VIDEOCONFERENCING IN CIVIL JUDICIAL PROCEEDINGS:
ANALYSIS OF THE LABYRINTHINE ARTICLE 129 BIS LEC
(SPANISH CIVIL PROCEDURE LAW)**

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 502-531

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género", PID2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

Diana MARCOS
FRANCISCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El presente estudio analiza el empleo de la videoconferencia en los procesos civiles. En concreto se examinan los casos en que esta procede, el lugar desde donde debe practicarse y el plazo para solicitarla. Estamos ante una serie de cuestiones para cuyo estudio se debe partir del art. 129 bis LEC, precepto de farragosa y oscura redacción, que debe completarse con el análisis del art. 137 bis LEC.

PALABRAS CLAVE: Videoconferencia; vistas telemáticas; actos procesales orales; procesos judiciales civiles; art. 129 bis LEC; art. 137 bis LEC.

ABSTRACT: *This study analyzes the use of videoconferencing in civil court proceedings. Specifically, it examines the cases in which it is appropriate, the location from which it should be used, and the deadline for requesting it. We are faced with a series of questions whose study must begin with Article 129 bis of the LEC (Spanish Civil Procedure Law), a provision of complex and obscure wording, which must be completed with an analysis of Article 137 bis of the LEC (Spanish Civil Procedure Law).*

KEY WORDS: *Videoconferencing; remote hearings; oral procedural acts; civil judicial proceedings; art. 129 bis LEC; art. 137 bis LEC.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL EMPLEO DE VIDEOCONFERENCIA EN LOS PROCESOS CIVILES ESPAÑOLES.- 1. Casos en que procede.- 2. Lugar.- 3. Plazo para solicitarla.- III. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

El uso de videoconferencia en el ámbito de la Administración de Justicia no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, dado que el art. 229 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial¹ (en lo sucesivo, LOPJ), ya preveía² su posible uso o el de otro sistema similar (para “las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas”), si bien no como regla general, ni en la práctica era muy empleada. Llegada la pandemia del COVID-19 y, ante la necesidad de adoptar medidas que evitaran el contacto directo entre personas que pudiera favorecer contagios, este medio de comunicación pasó a generalizarse en virtud del art. 19.³ del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁴. Dicho precepto fue posteriormente acogido en iguales términos por el art. 14 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁵, que derogó el aludido Real Decreto-Ley 16/2020.

1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

2 Así lo hacía tras la modificación operada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE núm. 257, de 27 de octubre de 2003). Aunque es esta Ley la que incluye en la LOPJ la referencia expresa a la videoconferencia, la misma podía encontrar un origen legal más remoto en otros preceptos como son el art. 230 LOPJ, tras la reforma operada por la LO 16/1994, de 8 de noviembre (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1994), y el art. 271 LOPJ, aunque en aquellas fechas el legislador seguramente no tuviese en mente la videoconferencia.

3 El tenor del art. 19 era el siguiente:

“1. Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

3. Las deliberaciones de los tribunales tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello.

4. Lo dispuesto en el apartado primero será también aplicable a los actos que se practiquen en las fiscalías”.

4 BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020.

5 BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.

Aunque el art. 19 fue acogido en sus términos, lo cierto es que el nuevo art. 14 de la Ley 3/2020 era más extenso y añadía actos procesales exceptuados de la forma telemática, a la vez que daba entrada a la posibilidad de que el juez o letrado de la Administración de Justicia acordara la presencialidad, atendidas las circunstancias. Así, el art. 14.2 adicionaba que “también se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios

• **Diana Marcos Francisco**

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir. Correo electrónico: diana.marcos@ucv.es.

La pandemia del COVID-19 demostró que los medios electrónicos pueden llegar a ser muy eficaces y eficientes, especialmente en lo que a actos de comunicación se refiere. El uso de la videoconferencia pasó a generalizarse para la celebración de todo tipo de vistas con el telón de fondo de la *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas*, aprobada por el Consejo General del Poder Judicial el 7 de mayo de 2020⁶ y elaborada ante la falta de normativa existente sobre el uso de la videoconferencia. Y es que, ante la falta de desarrollo de la Disposición final tercera⁷ de la entonces vigente Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia⁸, y también de la Disposición final decimosegunda de la citada Ley 3/2020⁹, era necesaria la intervención del CGPJ para colmar tales lagunas sobre el régimen aconsejable de celebración de actos procesales telemáticos y de condiciones mínimas de carácter técnico, siendo su acatamiento obligatorio para jueces y juezas ex art. 230.I, 2º LOPJ.

Pues bien, con la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo¹⁰, se ha dado un paso crucial en lo que se refiere al uso en la Administración de Justicia de las tecnologías de la información y comunicación (en lo sucesivo, TIC) en general y de la videoconferencia en particular¹¹. Y es que en dicho Real Decreto-Ley 6/2023 ya se incluye una serie de normas sobre el empleo de la videoconferencia. Sin embargo -también hay que

cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurren causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado". Y, por su parte, el apartado 6 de igual artículo señalaba que "en los actos que se celebren mediante presencia telemática, el juez o letrado de la Administración de Justicia ante quien se celebren podrá decidir la asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios".

6 Accesible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas>, última consulta el 4.4.25.

7 El Gobierno debía haber presentado conforme a ella "un proyecto de ley que regule de manera integral el uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia".

8 BOE núm. 160, de 6 de julio de 2011.

9 Conforme a ella, "en colaboración con las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en medios materiales y personales al servicio de la Administración de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley que regule las normas para la celebración de actos procesales telemáticos, preservando en todo momento las garantías procesales previstas en el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa de las partes".

10 BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023.

11 No pensemos que el fomento del uso de las TIC en general y de la videoconferencia en particular en la Administración de Justicia es exclusivo en España. La misma UE ha ido dictando una serie de normas en las que, cada vez más, está presente el factor tecnológico en asuntos transfronterizos. alguna de las más recientes y que más relación guardan con el objeto de estudio del presente trabajo es el Reglamento (UE) 2023/2844, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial. Sobre el particular puede verse MARCOS FRANCISCO, D.: "Hacia la plena digitalización de las comunicaciones en los procedimientos judiciales civiles en la Unión Europea y en España", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 65, 2025, edición digital, pp. 18-65.

decirlo- la enorme premura con que fue redactada tal norma con rango de ley, sin la debida reflexión parlamentaria, con el único fin de seguir liderando el despliegue del Plan de Recuperación en Europa y obtener los fondos europeos oportunos *Next Generation* (el cuarto desembolso)¹², ha desembocado en un texto oscuro, incongruente, lleno de incógnitas e insuficiente¹³.

Aunque podría pensarse que la generalización del uso de videoconferencia únicamente estaba justificada por la restricción de movimientos y contactos derivados de la lamentable pandemia, no parecer haber sido ésta la idea presente en la mente del Gobierno español. Y decimos esto porque, lejos de ser una medida coyuntural, tras partir el Real Decreto-Ley 6/2023 en su Preámbulo de que la digitalización es sinónimo de modernización, agilidad y eficiencia, ha querido generalizar el uso de la videoconferencia, o por lo menos así lo ha querido aparentemente como luego se verá.

En este sentido, con la aludida voluntad aparente, dicha norma con rango de ley ha introducido preceptos cruciales sobre el empleo de la videoconferencia en la Administración de Justicia, como son los arts. 129 *bis* y 137 *bis* en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴ (en adelante, LEC) y el art. 258 *bis* en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵ (sucesivamente, LECrim). Mientras que los primeros preceptos regulan la realización de actuaciones judiciales por presencia telemática en procesos civiles, el segundo regula la celebración de actos procesales mediante presencia telemática en los procesos penales. Y no perdamos de vista que la regulación de la Ley Rituaria civil resulta de aplicación supletoria a lo no previsto por las restantes Leyes procesales, no solo la LECrim, sino también la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁶ y la Ley de la Jurisdicción Social¹⁷ (art. 4 LEC).

Estamos ante artículos “*bis*” que, además de casar mal y contradecir otros preceptos de las propias LEC y LECrim en que se encuentran, se integran por normas farragosas, muy mejorables e, inclusive, que llegan a ser contradictorias

12 Vid. el apartado I del Preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2023. Estamos ante uno de los tantos casos en que el Gobierno (sea el actual o pasado) ha hecho uso de la figura del Real Decreto-Ley en supuestos de muy dudosa “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 83.I CE).

13 De ahí que, pese a la nueva regulación del Real Decreto-Ley 6/2023, debamos seguir planteando la necesidad primordial de aprobar una Ley que regule, con las garantías suficientes, la celebración telemática de actos procesales en nuestros tribunales, tal y como lo plantearon antes del citado Real Decreto-Ley autores como -se ordenan por orden cronológico- CALAZA LÓPEZ, S.: “Ejes esenciales de la justicia post-COVID”, *Diario La Ley*, núm. 9737, 2020, edición digital; VÉLEZ TORO, A. J.: “La normalización de una justicia de excepción”, *Diario La Ley*, núm. 9779, 2021, edición digital; o MURILLO PAÑOS, Y.: “La celebración de juicios telemáticos: herramientas e integración en el procedimiento judicial”, AA.VV.: *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal* (dir. por A. SÁNCHEZ RUBIO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 109.

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

15 “Gaceta de Madrid” núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

16 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998).

17 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

entre sí. Así las cosas, y dada la necesaria extensión limitada del presente trabajo, su objeto es analizar únicamente el laberíntico art. 129 bis LEC, intentando arrojar algo de luz entre tanta oscuridad y dejando el estudio del laberíntico art. 258 bis LECrim para un trabajo posterior.

II. EL EMPLEO DE VIDEOCONFERENCIA EN LOS PROCESOS CIVILES ESPAÑOLES.

I. Casos en que procede.

El art. 129 bis, bajo la rúbrica “celebración de actos procesales mediante presencia telemática”¹⁸, establece la aludida generalización de la videoconferencia o medios de comunicación similares con los siguientes términos, que vienen a coincidir con los términos de los mencionados arts. 19.I del Real Decreto-Ley 16/2020 y 14.I de la Ley 3/2020: “Constituido el Juzgado¹⁹ o Tribunal en su sede, los actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello” (apartado I).

Se establece, pues, la “preferencia” por el formato electrónico, de lo que se infiere que la celebración presencial deberá acordarse justificadamente en el caso concreto²⁰. El problema es que, siendo ello así, es decir, siendo la regla el uso de la

18 Esta rúbrica resulta muy poco apropiada, al igual que la del art. 137 bis, a saber, “realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia”. Y ello porque, como puede verse, ambas son similares y muy poco precisas (ambas refieren al desarrollo de actuaciones procesales de forma telemática). Habría sido más correcto rubricar el art. 129 bis con los términos “casos en que procede la celebración de actos procesales mediante presencia telemática o física” y el art. 137 bis, con los términos “reglas y garantías básicas en la práctica de actuaciones procesales por videoconferencia”.

19 Nótese que, aunque en el presente trabajo emplee términos tales como “juez” o “juzgado”, tras la reciente reforma operada por la LO 1/2025, de 2 de enero, en virtud de la cual desaparecen los órganos judiciales unipersonales (juzgados) y se crean los Tribunales de Instancia y el Tribunal Central de Instancia, con Secciones, aquellos términos, que siguen apareciendo en muchos preceptos de diferentes leyes españolas, deben entenderse referidos a los tribunales, a sus Secciones o a los jueces que los integran. En este sentido la Disposición adicional primera de tal LO establece: “Una vez constituidos e implantados de forma efectiva los Tribunales de Instancia, las menciones genéricas que en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se hacen a los Juzgados y Tribunales, se entenderán referidas a estos últimos o a los jueces, las juezas, los magistrados y las magistradas que sirven en ellos. Las referencias realizadas en las leyes y en el resto de disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de Primera Instancia, de lo Mercantil, de Instrucción, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de Menores, de Vigilancia Penitenciaria, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social se entenderán referidas a las Secciones del orden jurisdiccional correspondiente de los Tribunales de Instancia, de conformidad con lo previsto en esta ley. La misma consideración tendrán las referencias a los Juzgados Centrales respecto de las correspondientes Secciones del Tribunal Central de Instancia”. Y repárese en que el Título I de la LO 1/2025 (que es el que acomete la reforma organizativa) entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, esto es, el día 23 de enero. No obstante, la transformación de los actuales Juzgados en Secciones de los distintos Tribunales de Instancia y del Tribunal Central se prevé de forma gradual a lo largo del 2025 (vid. Disposiciones transitorias primera y segunda de la LO 1/2025).

20 GASCÓN INCHAUSTI, F.: “¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2, 2021, p. 390; DAMIÁN MORENO, J.: “En busca de un sistema procesal más eficiente: una lectura a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 26, núm. 2, 2023, p. 70.

videoconferencia como medio de celebración de juicios o vistas²¹ o de otros actos procesales orales, el propio precepto fija seguidamente que excepcionalmente “en los actos que tengan por objeto la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de la persona menor de edad, el reconocimiento judicial personal o la entrevista a persona con discapacidad, será necesaria la presencia física de la persona que haya de intervenir y, cuando ésta sea una de las partes, la de su defensa letrada. Se exceptúan de lo previsto en este apartado los casos siguientes (...)”.

Parece que la regla general sentada en el primer apartado deja de tener sentido porque el apartado segundo, como acabamos de ver, fija la regla contraria (necesaria presencialidad) en caso de tener que practicarse las pruebas de interrogatorio de parte o declaración de testigos o peritos, así como de personas menores o con discapacidad²². Y precisamente las actuaciones fundamentales que se llevan a cabo en las vistas y juicios son los aludidos medios probatorios (pensemos p. ej. en las vistas de juicios verbales y en los juicios de juicios ordinarios).

Al respecto cabe efectuar las siguientes observaciones:

1ª) El art. 129 bis parece establecer la regla general del uso de videoconferencia como medio de celebración de audiencias, vistas y juicios y la regla general de la práctica de prueba, exploraciones y entrevistas²³ de forma tradicional (mediante presencia física) cuando la fuente sean personas físicas.

2ª) La aparente contradicción que se plantea con respecto a los juicios y vistas podría salvarse considerando que éstos en principio se celebrarán de forma telemática excepto cuando en ellos deban practicarse los aludidos medios probatorios (pensemos, p. ej., en el acto del juicio de un juicio ordinario en que la única prueba aportada es documental y el acto del juicio se limitará a la presentación de las conclusiones por los abogados). Desde luego que el propio prelegislador estaba pensando en la posibilidad de que los juicios se pudiesen celebrar telemáticamente porque así se establece expresamente en el art. 432.1,

21 Y téngase en cuenta que también es posible aportar documentos en la misma vista celebrada telemáticamente (art. 270.3 LEC), lo que deviene obligatorio incluso para las personas no obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia (vid. art. 45 del Real Decreto-Ley 6/2023).

22 Ello se justifica en que “la intermediación digital no aporta el mismo valor añadido que la intermediación a secas”. GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia”, AA.VV.: *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023* (dir. por J. BANACLOCHE PALAO y F. GASCÓN INCHAUSTI), La Ley, 2024, p. 216.

23 El art. 129 bis.2 distingue entre “exploración” y “entrevista” según se realice a menores de edad o personas con discapacidad, respectivamente. Aunque hablamos de una misma realidad, el cambio de terminología (de exploración a entrevista) obedece a las modificaciones operadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de 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 (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021), y por su sentir de respetar al máximo la voluntad de estas personas. El término “entrevista” pone el foco y protagonismo en la persona con discapacidad y da entrada al diálogo, que no parecen estar presentes en la “exploración”.

2º LEC, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2023. Pero entonces nos hemos venido encontrando con otros dos problemas interpretativos o interrogantes, a saber:

- Y es que este mismo art. 432.I, 2º LEC señala que esta comparecencia electrónica de las partes y de sus procuradores tendrá lugar cuando el tribunal lo acuerde “de oficio o a instancia de alguna de las partes”, es decir, parte de que el tribunal debe acordar expresamente la celebración telemática. ¿Pero no hemos quedado en que era la regla general? Si el empleo de la videoconferencia es la regla general no tiene sentido que el juez deba acordarla. La confusión, pues, está servida.

- Hasta la reforma operada por la reciente LO 1/2025, de 2 de enero²⁴, no había ningún precepto similar previsto para las vistas de juicios verbales²⁵. ¿Cómo interpretábamos el silencio? Dos eran las posibles interpretaciones, a saber: 1) Entender que no había sido un descuido o error del prelegislador y que era posible la celebración de vistas de juicios verbales en aplicación del art. 129 bis.I y, por ende, así lo era como regla general (el tribunal sólo debía resolver expresa y motivadamente lo contrario); 2) O considerar que sí había sido un descuido²⁶ y que resultaba aplicable por analogía a las vistas de juicios verbales el art. 432.I, 2º LEC, en cuyo caso el tribunal debía resolver expresamente la celebración de forma telemática. Y esto mismo cabía plantear con respecto a otras vistas que siguen sus trámites por así decirlo expresamente la LEC²⁷, sea en procesos especiales (como las que se desarrollen en los procesos civiles declarativos no dispositivos ex art. 753 o las vistas de juicios cambiarios ex art. 826), en sede de diligencias preliminares (art. 260), de juicio de revisión (art. 514), en caso de oposición del deudor a la petición de liquidación de daños y perjuicios (art. 715), en caso de controversia en la formación del inventario (art. 794) y de impugnación de las cuentas del art. 800 en el proceso especial de división de la herencia, en caso de controversia en la formación del inventario (art. 809) y de no existir acuerdo en la liquidación del régimen de partición del art. 811 en el proceso especial de liquidación del régimen

24 LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE núm. 3, de 3 de enero de 2025).

25 Si se prevé, sin embargo, para reconocer al menor en el proceso especial de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (art. 778 *quinquies*.8 LEC).

26 Es lo que creemos ha sucedido porque la vista de los juicios verbales no deja de ser un acto similar al acto del juicio de juicios ordinarios, donde se practica prueba y se exponen las conclusiones (aunque sólo en el caso de que el juez así las estime oportunas ex art. 447.I LEC). Es más, tras la LO 1/2025, de 2 de enero, mayores son las semejanzas, dado que ya no es en la misma vista donde se propone prueba ni se tratan y resuelven las excepciones procesales alegadas por el demandado en la contestación a la demanda. La prueba se debe proponer en un trámite escrito previo, el mismo en el que la parte actora puede formular alegaciones sobre las excepciones alegadas por la parte demandada en su contestación, disponiendo de cinco días al efecto. Sobre estas cuestiones resolverá el tribunal por auto antes de la vista (*vid.* art. 438.8 a 10 LEC).

27 O en leyes especiales, como es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003). *Vid.* art. 42, al indicar que el procedimiento a seguir en caso de impugnar y ejercitar la acción de anulación del laudo se sustanciará por los cauces del juicio verbal con una serie de especialidades.

económico matrimonial. Sin embargo, tras la reforma operada por la LO 1/2025, el art. 443.I LEC hace referencia expresa a la posible comparecencia de las partes “presencialmente o por videoconferencia en los casos que así se haya acordado”. De ello se desprende que el legislador ha optado finalmente por extrapolar a los juicios verbales la solución prevista en el art. 432.I, 2° LEC, por lo que el tribunal debe resolver expresamente la celebración de la vista de forma telemática. Y éste podrá acordarla, por analogía a lo previsto en el art. 432.I, 2° LEC, de oficio o a instancia de parte.

Más fácil resulta la aplicación del art. 129 bis.I a aquellas otras eventuales vistas a las que se refiere la LEC sin remitirse a los trámites del juicio verbal, como son las previstas en sede de solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba (art. 283 bis f), en el procedimiento para la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba (art. 298), en el recurso de apelación (art. 464), en el recurso de casación (arts. 481, 485y 486); en el proceso ejecutivo, en la oposición por pluspetición (art. 558), en la sustanciación de la oposición por motivos de fondo (art. 560), en caso de disconformidad sobre la subsistencia y cuantía de los créditos (art. 657), en caso de posesión judicial y ocupantes del inmueble (art. 675); y, en el proceso cautelar, en la vista para audiencia de las partes (art. 734), en caso de oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado (art. 741) y en caso de solicitud de caución sustitutoria (art. 747).

3ª) Al hablar el art. 129 bis.I de “audiencias”, parece quedar claro que las audiencias previas de juicios ordinarios son en principio las firmes candidatas a su celebración telemática²⁸; lo que, pese a las reticencias naturales de muchos juristas (especialmente, abogados y procuradores), se acoge positivamente teniendo en cuenta que se trata de vistas entre dichos compañeros dirigidas por un juez en que fundamentalmente se busca depurar el proceso y delimitar una prueba -que será practicada en el acto de juicio- que revelará hechos ciertos sobre los que fallar consecuencias jurídicas y resolver el caso en uno u otro sentido²⁹. Y decimos que

28 Hemos coincidido en este análisis con ANDINO LÓPEZ, J. A.: “Sobre los juicios telemáticos” (accesible en Sobre los juicios telemáticos – Mendoza Vázquez Abogados (abogadosenleonmv.com), consultada el 6.4.25), quien ante tal oscuridad concluye que “la celebración de juicio será llevada a cabo en presencia judicial cuando se deba practicar alguna de dichas pruebas, mientras que la celebración de vistas de carácter más técnico como por ejemplo una audiencia previa se deberá llevar a cabo telemáticamente”. Tanto es así que cabe esperar que el formato electrónico de las audiencias previas se convierta en rutinario e, incluso, que en futuro exista un cambio legal en el art. 414.2, 1° LEC para que rijan la regla de su celebración telemática y el juez sólo deba acordar expresamente su celebración de forma presencial (GASCÓN INCHAUSTI, F., “Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia”, cit., p. 215).

29 Vid. MARTÍN BARELLA, E.: “La audiencia previa telemática, modernizar y agilizar el proceso sin desvirtuar los principios y garantías procesales”, AA.VV.: *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso* (dir. por S. PEREIRA PUIGVERT y M. J. PESQUEIRA ZAMORA), Aranzadi, 2022, pp.157-174, abogada que, sin posicionarse claramente a favor o en contra, considera que la celebración telemática de las audiencias previas puede ser un paso para agilizar y modernizar los procesos civiles siempre y cuando se garantice la correcta aplicación de los principios procesales y, especialmente -por ser los principios más relevantes en los actos procesales orales- los de oralidad, intermediación, concentración y contradicción, y se solucionen problemas que se plantean en la celebración telemática de las audiencias. Ejemplos de estos problemas son una conexión electrónica inestable, la posibilidad de aportar documentos en la propia vista telemática -como la *instructa*

“parece quedar claro” porque la propia LEC en su art. 414.2, 1º, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2023, permite la celebración de audiencias previas de juicios ordinarios por videoconferencia “cuando el tribunal lo acordase de oficio o a instancia de alguna de las partes”. ¿Pero no habíamos quedado en que era la regla general? Si lo es desde luego no debería ser necesario que lo acordara el juez o tribunal.

Continuando con el análisis del art. 129 bis, éste prevé una serie de excepciones a la aludida práctica de la prueba de forma tradicional; excepciones a la excepción que dificultan enormemente la interpretación de la norma:

1ª) Que el juez o tribunal decida la celebración telemática en vista de las circunstancias del caso. En esta excepción podrían incluirse supuestos de muy distinta índole. Así, cabe citar los siguientes:

- Los casos en que la persona que deba intervenir no pueda comparecer en la sede del tribunal, ni inclusive en otro “lugar seguro” (a los “lugares seguros” me refiero *infra*), por enfermedad u otras circunstancias (art. 311.I LEC para el interrogatorio domiciliario de las partes y art. 364.2 LEC *a contrario sensu* para la declaración domiciliaria de testigos).

- Igualmente, en esta excepción podrían tener encaje las intervenciones de personas que deban participar en un proceso español y residan en el extranjero.

- Y los casos a que alude el art. 137 bis.3, 1º y 2º LEC. Así, por un lado, el declarante menor de edad o persona sobre la que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad podrá intervenir por videoconferencia (solo lo podrá hacer desde una oficina judicial). Y, por otro lado, las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos y víctimas menores de edad o con discapacidad pueden intervenir por videoconferencia desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento y protección, o desde cualquier otro lugar si así lo estima oportuno el juez, “siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención conforme a lo que se determine reglamentariamente”. Si bien lo normal es que esta norma se aplique a procesos penales, excepcionalmente cabe su aplicación en procesos

de la prueba ex art. 429.I, 2º LEC y otros derivados de los arts. 265.2 y 426.5 LEC como consecuencia de alegaciones complementarias o de aclaraciones de hechos nuevos- y la posibilidad de conectarse sin saber que aún no ha acabado la vista telemática previa. Tales escollos, incluidos los técnicos, tienen fácil solución (de hecho, con el avance de las tecnologías las conexiones son muchísimo mejores, es posible evitar la conexión de sujetos que no estén invitados a una concreta vista telemática y conforme al Real Decreto 6/2023 debe ser posible aportar documentos en la misma vista). El problema de averiguar si detrás de la pantalla hay alguien más, como podrían ser abogados o personas que ayudaran a la persona que está declarando, en principio desaparece a la luz de la regulación del Real Decreto-Ley 6/2023 al tener que intervenir desde “lugares seguros”, a los que luego me referiré.

civiles (pensemos, p. ej., en las demandas de divorcio presentadas por víctimas de violencia de género).

2ª) Que la persona que deba intervenir resida en municipio distinto de aquel en que tenga la sede el tribunal que está conociendo del proceso, siendo preciso que así lo solicite. Para el caso de que deban participar las propias partes, testigos o peritos y tengan su domicilio fuera de la circunscripción de tal tribunal, antes de acudir al auxilio judicial, también se prefiere el uso de videoconferencia (arts. 129.2, 169.2, 169.4.1º, 313.1º, 346.2º y 364.I LEC)³⁰. Y solo cuando el juez no la considere conveniente “y por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial” (art. 169.4, 2º LEC).

Al respecto llama la atención que el nuevo art. 129 *bis* y los *supra* citados preceptos no cohonesten bien al referirse el primero al “municipio”, los arts. 169.2, 169.4.1º, 313.1º, 346.2º y 364.I a “circunscripción” y el 129.2 a “partido judicial”, términos no coincidentes³¹. El término de “circunscripción” es más amplio al abarcar tanto el municipio como el partido judicial, provincia, Comunidad Autónoma o incluso el territorio nacional. Y, aunque podría defenderse la prevalencia del art. 129 *bis*³², considerando la creación de las oficinas de justicia en los municipios por la LO 1/2025, y las funciones que esta Ley les atribuye (entre ellas, “la práctica de actuaciones procesales con residentes o personas que desarrollen su profesión o trabajo en el municipio, que deban llevarse a cabo mediante videoconferencia u otros sistemas de telepresencia” ex art. 439 *quater*.2.a) LOPJ), cabe pensar que

30 Fijese en la aparente contradicción con el art. 170 LEC, dado que del tenor de éste se desprende que también es posible el auxilio judicial haciendo uso de la videoconferencia. Así, dispone: “Corresponderá prestar el auxilio judicial a la Oficina del Juzgado de Primera Instancia del lugar en cuya circunscripción deba practicarse. No obstante lo anterior, si en dicho lugar tuviera su sede un Juzgado de Paz, y el auxilio judicial consistiere en un acto de comunicación o la intervención en un acto procesal a través de videoconferencia en los términos regulados en el artículo 137 *bis* de esta ley, a éste le corresponderá practicar la actuación”. En realidad, en estos casos no estamos ante un auxilio judicial en sentido técnico o estricto que exija la observancia de exhorto a quien deba prestarlo y que éste practique la prueba (*vid.* art. 171.4 LEC), sino ante una simple ayuda técnica para hacer uso del sistema de videoconferencia del órgano judicial que deba prestarla y probablemente para identificar a la persona que deba intervenir mediante dicha videoconferencia.

31 Tampoco se entiende que la regulación del art. 129 *bis* no coincida con la prevista en el art. 258 *bis*.2, 4º LECrim, que toma de referencia el criterio de la residencia del acusado en la misma circunscripción o demarcación del tribunal que está conociendo o debe conocer del asunto para determinar su participación presencial (salvo causas justificadas o de causa mayor). No existen motivos, por lo menos aparentemente, que justifiquen la diferencia de trato según estemos en el proceso civil o penal.

32 Entiende GASCÓN INCHAUSTI, F., “Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia”, *cit.*, p. 219, que los arts. 313.1º, 346.2º y 364.I LEC deben prevalecer sobre el art. 129 *bis*. 2.b) LEC. Dicho autor considera que es precisamente en estos casos de sustitución del auxilio judicial por la videoconferencia donde ésta encuentra su plena justificación, al aportar “inmediación -aunque sea digital-” (p. 225). También advierte ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS que “la videoconferencia permite una mayor inmediación que las tradicionales fórmulas del auxilio judicial”. *Vid.* ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: “Vistas telemáticas, punto de inflexión para la ansiada digitalización de la justicia”, AA.VV.: *Next Generation Justice: Digitalización e inteligencia artificial* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ e I. ORDEÑANA GEZURAGA), La Ley, 2024, p. 657.

debe prevalecer la circunscripción municipal, siempre y cuando la oficina de justicia correspondiente disponga de los medios técnicos adecuados.

3ª) Que deba intervenir una persona en su condición de autoridad o funcionario público (pensemos en un policía local en juicios por accidentes de tráfico).

Y, por si fuera poca la confusión, el apartado 3 del controvertido art. 129 bis establece, a su vez, otra excepción a dos de estas excepciones, de forma que el juez podrá decidir motivadamente, atendiendo a las circunstancias del caso, que intervengan físicamente personas que residan fuera del municipio de su sede o que deban participar en su condición de autoridad o funcionario público.

La pregunta que inmediatamente surge ante este confuso y contradictorio precepto es: “¿En qué quedamos?”³³. Ante tal oscuridad no sorprende la existencia de criterios discrepantes en los tribunales³⁴. Nos preguntamos si, a la hora de indicar los casos en que procede el empleo de videoconferencia, no habría sido más fácil, conveniente y claro -es nuestra propuesta *de lege ferenda*- fijar la regla general -si es lo que realmente se desea- de la celebración de juicios, vistas, audiencias, declaraciones, comparecencias u otros actos procesales orales³⁵ de forma telemática, siempre que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello, y establecer como excepción que “No obstante, el acto se celebrará mediante presencia física cuando así lo acuerde motivadamente el juez o tribunal si el acto tiene por objeto practicar medios probatorios, exploraciones o entrevistas cuya fuente sean personas físicas y las circunstancias del caso no aconsejen la intervención telemática”. Entre tales circunstancias que lo desaconsejaran -así podría haberse indicado a modo de ejemplo en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2023- podrían estar la distancia

33 PICÓ I JUNYER, J.: “Peligros de la prueba judicial practicada telemáticamente: examen crítico de los nuevos arts. 129 bis y 137 bis LEC”, *Actualidad Civil*, núm. 7, 2024, edición digital, p. 3. Dicho autor se muestra en contra de que la regla general sea celebrar vistas temáticas en donde haya actividad probatoria.

34 Y las dudas que plantea el laberíntico art. 129 bis no acaban aquí. Por citar alguna más, este precepto no aclara si es posible el desarrollo de audiencias, vistas o juicios mixtos, esto es, en que parte de las personas intervengan *online* y parte de forma presencial (lo que tampoco aclaran los arts. 414.2, 1º y 432.1, 2º LEC). Aunque estos dos preceptos parecen excluirlas al emplear el plural abarcando a todas las partes y a sus representantes, parece lógica su admisión. Ahora bien, para que esta celebración semipresencial o híbrida sea posible el juez siempre debería tener en cuenta el necesario respecto de la igualdad de armas de las partes (la inmediación presencial aporta un valor añadido que no tiene la inmediación digital, por mucho que el propio Tribunal Supremo se haya pronunciado indicando que no se quebranta el principio de inmediación). En consecuencia, lógico es que, si se acuerda la celebración de una audiencia, vista o juicio de forma telemática, lo sea para ambas partes, a no ser que una de ellas no tenga problema en intervenir *online* pese a que la contraparte lo haga de forma presencial (GASCÓN INCHAUSTI, F., “Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia”, *cit.*, pp. 215 y 221).

35 O, si se prefiere, bastaría con que la norma hiciera referencia a la celebración de “actos procesales orales”. Aunque el art. 129 bis LEC se refiera, con carácter general, a “todos los actos procesales”, es técnicamente más correcto precisar “orales”, dado que la norma regula supuestos o actos en que se requiere de la presencia e intervención de personas físicas, sin resultar de aplicación a los actos procesales que deban realizarse por escrito (demanda, contestación a la misma, etc.). Estos actos deberán presentarse y comunicarse electrónicamente en los términos de otros preceptos de la LEC, entre ellos los tan importantes arts. 152, 155 y 273 LEC.

entre el lugar del domicilio del interviniente y el lugar de la sede del tribunal (o, si se prefiere, que ambos lugares estén en municipios distintos), la condición de autoridad o funcionario público del interviniente o la intervención de menores de edad, personas sobre las que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad o víctimas de violencia de género.

En cualquier caso, del análisis expuesto del art. 129 *bis* queda claro que el derecho que se reconoce a los ciudadanos y ciudadanas en el art. 5.I del Real Decreto-Ley 6/2023 “a relacionarse con la Administración de Justicia utilizando medios electrónicos”³⁶ no es un derecho absoluto que permita a los ciudadanos decidir su intervención telemática siempre que ellos lo deseen, sino que encuentra las aludidas limitaciones.

Estamos ante una medida (la celebración de actos procesales orales por videoconferencia) que ex art. 129 *bis* compete o corresponde valorar al juez o tribunal³⁷ (que deberá tener en cuenta la *preferencia* telemática de que parte el precepto a la hora de acordar una forma u otra de celebración) y que, como los arts. 414.2, 1º y 432.I, 2º LEC, no exige la audiencia previa de las partes³⁸. Pese a ello, debería el juez o tribunal darles audiencia antes de acordar expresamente el uso de videoconferencia, en la línea del punto 3) de las Directrices sobre videoconferencias en los procedimientos judiciales de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) de 2021 (p. 11)³⁹. El art. 129 *bis* debería haber sido mucho más claro y tajante (evitando aludir a la *preferencia*) a la hora de fijar la regla general. Como no lo ha sido y los arts. 414.2, 1º y 432.I, 2º LEC hablan de que el juez deba acordar el uso de videoconferencia, en la práctica los tribunales se están pronunciando expresamente para acordar el uso de videoconferencia incluso en actos orales distintos de audiencias previas y actos de juicio de juicios ordinarios.

2. Lugar.

Con respecto al lugar desde donde intervenir por videoconferencia, si estamos al Preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2023 y al art. 129 *bis* vemos cómo la intervención telemática (de funcionarios públicos y autoridades, incluida la de jueces, así como la del resto de personas que deban intervenir por videoconferencia) se hará a través de “puntos de acceso seguros” y en “lugares seguros”. Para saber a

36 Dicho derecho ya se reconocía en el art. 4.I de la derogada Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

37 O, en su caso, al letrado de la Administración de Justicia o al fiscal ante el que se deba celebrar el acto oral (art. 129 *bis*.4).

38 Ésta sólo la prevé el legislador para el concreto caso del interrogatorio domiciliario de las partes por videoconferencia previsto en el art. 311.I LEC.

39 The *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, document adopted by the CEPEJ at its 36th plenary meeting (16 and 17 June 2021), se encuentra disponible en inglés en <https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-videoconference-en/1680a2c2f4>, consultada el 6.4.25.

qué se refieren estas expresiones hay que acudir al art. 62 del Real Decreto-Ley 6/2023.

Mientras que los “puntos de acceso seguros” son dispositivos o sistemas informáticos que deben observar toda una serie de garantías⁴⁰ (art. 62.2 del Real Decreto-Ley 6/2023), los “lugares seguros” son, como el propio nombre indica, sitios que cuenten con “puntos de acceso seguros” y toda una serie de garantías, como son la autonomía en la intervención de la persona, poder reunirse reservadamente con el abogado y disponer de medios que permitan la digitalización de documentos para que puedan visualizarse por videoconferencia (art. 62.3 del Real Decreto-Ley 6/2023)⁴¹. El apartado 4 de este mismo art. 62 indica que, en todo caso, y junto a otros que aparecen expresamente citados y a los que reglamentariamente se establezcan (previo informe favorable del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica), tienen la consideración de “lugares seguros” las oficinas judiciales correspondientes a los tribunales competentes o las oficinas de justicia en los municipios.

Del citado art. 62.3 se desprende que no es viable la posibilidad de llegar a establecerse reglamentariamente como lugar seguro el domicilio u otros lugares privados de quienes deben intervenir telemáticamente porque en estos sitios no es posible garantizar la “autonomía de su intervención”, esto es, que no haya nadie “escondido” tras la cámara -que no alcance su plano- y pueda estar auxiliando e influyendo en la declaración⁴². Y tampoco es posible garantizar el cumplimiento de los arts. 305.I y 370.2 LEC, esto es, que la parte o el testigo, respectivamente, no están auxiliándose en su declaración de un borrador de respuestas.

El art. 129 bis en ocasiones habla de puntos de acceso seguros y, en otros casos, de lugares seguros. Es decir, parece que ciertas personas simplemente van poder intervenir desde puntos de acceso seguros (autoridades o funcionarios públicos) y otras personas (partes, testigos, peritos, menores de edad a quienes se explora o personas con discapacidad a quienes se reconoce o entrevista), deben

40 Además de los requisitos que reglamente y exija el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica (ya se encuentran reglamentados en la *Guía técnica de interoperabilidad y seguridad de requisitos de puntos de acceso seguro y lugares seguros*, accesible en <https://www.administraciondejusticia.gob.es/cteaje/guías-de-interoperabilidad>, consultada el 22.4.25), tales garantías (recogidas en el propio art. 62.2) son:

“a) Permitir la transmisión segura de las comunicaciones y la protección de la información.
b) Permitir y garantizar la identificación de los intervinientes.
c) Cumplir los requisitos de integridad, interoperabilidad, confidencialidad y disponibilidad de lo actuado”.

41 Los requisitos adicionales exigidas por el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica pueden consultarse en la *Guía* indicada en la nota a pie precedente.

42 Por ello nos llama la atención -es harto discutible- que la citada *Guía técnica de interoperabilidad y seguridad de requisitos de puntos de acceso seguro y lugares seguros* otorgue la condición de lugar seguro a cualesquiera lugares que acrediten cumplir una serie de requisitos (entre ellos, la “garantía de ausencia de terceras personas e inexistencia de influencia externa alguna durante la práctica de la prueba, conforme establece la legislación procesal” o “el cumplimiento de la integridad y autonomía de la declaración del interviniente, mediante la visualización de la estancia completa en la que se realice, así como las condiciones ambientales de la misma, en el caso que sea requerido”), con una simple declaración responsable (pp. 9 y 10).

hacerlo desde lugares seguros. ¿Significa esto que tales partes, testigos, peritos, menores de edad o personas con discapacidad siempre deben intervenir desde un lugar seguro del municipio en que resida? Esto parece ser así según lo dispuesto en el art. 129 bis. El problema es que, si estamos al art. 137 bis LEC, vemos cómo la respuesta es otra.

En efecto, el art. 137 bis también se refiere al lugar⁴³. Su apartado 2 indica que las partes, peritos, testigos y profesionales (abogados y procuradores, en el proceso civil)⁴⁴ que intervengan por videoconferencia lo deben hacer en principio desde dos concretos lugares seguros, a saber: 1) la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo; 2) o el Juzgado de Paz (la oficina de justicia municipal, hay que entender tras la LO 1/2025) de estos mismos dos lugares si dispone de los medios técnicos adecuados. Decimos “en principio” porque en igual precepto se establecen dos excepciones a esta regla. Pero, antes de referirme a ellas, queremos advertir lo siguiente: 1ª) mientras el art. 129 bis.2.b) no habla de posibles excepciones a la intervención desde lugares seguros, el art. 137 bis.2 sí lo hace; 2ª) mientras el art. 129 bis.2.b) sólo se refiere a un concreto lugar seguro dentro del municipio de residencia, el art. 137 bis.2 se refiere a dos lugares seguros (dentro o fuera del municipio) correspondientes al domicilio o lugar de trabajo del interviniente (hablaríamos, pues, de un máximo de cuatro posibles lugares seguros). En efecto, mientras este segundo precepto toma de base dos criterios territoriales (domicilio o lugar de trabajo del interviniente en la videoconferencia) atendiendo a dos circunscripciones territoriales diferentes, el art. 129 bis.2.b) se refiere únicamente al municipio de residencia (ésta coincide con el domicilio de las personas físicas ex art. 40, 1º CC). No se entiende que el art. 129 bis.2.b) sólo tome en consideración el municipio -y no el partido judicial- donde se encuentre su domicilio -y no su lugar de trabajo- con respecto a donde radique el tribunal para poder pedir intervenir por videoconferencia y sólo pueda pedir su intervención telemática desde este lugar y, sin embargo, el art. 137 bis.2 permita intervenir de forma telemática desde las aludidas oficinas municipales o del partido judicial correspondientes a su domicilio o lugar de trabajo⁴⁵.

43 Fijese en que tendría más sentido reconducir su regulación en este punto al art. 129 bis LEC porque éste se ubica en el Capítulo I, sobre “lugar de las actuaciones judiciales (...)”, del Título V del Libro I, y tratar conjuntamente los casos en que procede la celebración de actos procesales mediante presencia telemática y su lugar de celebración.

44 El art. 137 bis.2 no define quiénes son “profesionales” a sus efectos. Pero una interpretación sistemática con el resto de normas del ordenamiento jurídico y, en particular, del Real Decreto-Ley 6/2023, lleva a concluir que el precepto se refiere a las “personas profesionales de la Abogacía, de la Procura y los Graduados Sociales”.

45 De *lege ferenda* debería el art. 129 bis.2.b), en consonancia con el art. 137 bis.2, indicar “cuando la persona que haya de intervenir resida o trabaje en *partido judicial* o municipio distinto de aquel en el que tenga su sede el tribunal y así lo solicite” (la cursiva es nuestra). Carece de sentido que el art. 129 bis.2.b) haga referencia al lugar desde el que se deba intervenir, dado que este aspecto ya se regula en el art. 137 bis.

Así las cosas, lo lógico es entender que el interviniente podrá solicitar su intervención desde cualquiera de ellos⁴⁶, también en la línea del art. art. 439 *quater*.2.a) LOPJ, para lo cual será necesario informar de esta opción y de la forma⁴⁷ y plazo en que poder optar a la persona que debe intervenir por videoconferencia cuando se le cite (aunque lamentablemente el único extremo de estos tres que queda claro en la LEC es el plazo⁴⁸). Ahora bien, entendemos que esta facultad no es absoluta y, si el interviniente optase por un concreto lugar seguro de entre los posibles y no fuese viable intervenir desde allí telemáticamente por motivos justificados (como podrían ser que la oficina de justicia en su municipio no dispusiese de los medios técnicos oportunos o que, disponiendo de ellos, no pudiese intervenir por problemas de agenda en dicha oficina, al ya tener agendada otra intervención en el mismo día y hora en que ha sido citado), debería proceder su intervención telemática desde otro posible lugar seguro si sus medios técnicos y agenda lo permitieran⁴⁹.

Las aludidas excepciones que recoge el art. 137 *bis* LEC son las siguientes:

A) De acuerdo con el primer párrafo del apartado 3 del comentado precepto, cabe la posibilidad de que el juez o tribunal acuerde la intervención telemática desde cualquier otro lugar atendidas las circunstancias del caso, siempre que se “disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente” (excepción que en ningún caso es aplicable cuando intervengan menores de edad o personas con respecto de las que se hayan solicitado judicialmente medidas de apoyo a personas con discapacidad, quienes obligatoriamente deben intervenir desde una oficina

46 Hemos coincidido en este punto con LUACES GUTIÉRREZ, A. I.: “La práctica de actuaciones judiciales por videoconferencia en el Real Decreto 6/2023: especial referencia a los “lugares seguros” y “puntos de acceso seguros””, AA.VV.: *Next Generation Justice: Digitalización e inteligencia artificial* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ e I. ORDEÑANA GEZURAGA), La Ley, 2024, p. 529.

47 Sería interesante disponer al efecto de un programa informático de cita previa similar al de la policía nacional para expedir o renovar el DNI, donde se indiquen las citas disponibles en las distintas oficinas. Si bien somos conscientes de que no sería fácil de articular dado que la duración de los distintos actos orales es muy diferente y, en muchos casos, impredecible, al igual que su hora real de comienzo (p. ej., a un testigo lo citan a la hora en que comienza el juicio, pero no es posible saber la hora exacta en que le tocará intervenir).

48 Ni siquiera se exige expresamente que en las citaciones se informe de esta posibilidad, como sí hace el art. 258 *bis* LECrim para los procesos penales. Debería informarse de tales extremos.

49 Considerando los enormes problemas de agenda que pueden producirse, especialmente agravados cuando deba intervenir una pluralidad de personas desde distintos lugares seguros, deberían todas las oficinas de justicia en los municipios poder prestar el servicio de videoconferencia, y no sólo -como ha establecido la LO 1/2025- “cuando el desarrollo de las herramientas informáticas y los medios materiales e instrumentales lo permitan” (art. 439 *quater*.2. LOPJ). Sólo así se dará cumplimiento al art. 170 LEC. De ahí que la Circular 1/24 de la Dirección General de Justicia (de la Conselleria de Justicia e Interior de la Generalitat Valenciana) sobre utilización de medios materiales y organización del servicio de auxilio judicial para la práctica de actuaciones procesales a través de videoconferencia en los Juzgados de Paz indicara que, dada esta nueva competencia atribuida a estos Juzgados, hay que “dotar a los mismos de las herramientas necesarias para el uso de forma generalizada de videoconferencias, que ahora resulta obligatorio” y disponga que, quien ostente su secretaría, deberá organizar la prestación del servicio de videoconferencia con el personal de su oficina, debiendo accederse a primera y última hora del día a los buzones de correo electrónico facilitado por la Generalitat para tomar nota y gestionar las solicitudes de auxilio existentes.

judicial). Esta previsión podría considerarse hartamente discutible y preocupante⁵⁰ al no exigir el respeto de todas las garantías mínimas que, conforme al art. 62.3 del Real Decreto-Ley 6/2023, hemos visto deben tener todos los lugares seguros. Pero en ella podrían tener encaje los excepcionales supuestos de interrogatorios o declaraciones domiciliarias a que aluden los arts. 311.I y 364.2 LEC. Para estos casos podrían preverse reglamentariamente distintos medios idóneos para que la parte o testigo se identifique desde su propio domicilio⁵¹.

B) Y conforme al segundo párrafo del apartado 3 de igual precepto, también cabe la posibilidad de que el juez o tribunal acuerde la intervención telemática de ciertas víctimas (menores de edad y personas con discapacidad y víctimas de violencia de género, sexual y trata de seres humanos) desde el lugar en que oficialmente reciben asistencia (pensemos en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito) o en cualquier otro lugar siempre que, como antes, disponga de medios para garantizar la identidad del interviniente y demás condiciones en los términos reglamentados.

Por tanto, como se ve, la regla de tener que intervenir telemáticamente desde “lugares seguros” tiene excepciones, que siempre deberán interpretarse de forma restrictiva dadas las menores garantías.

Otra cuestión que no queda del todo clara es si los jueces que intervengan por videoconferencia deben hacerlo desde un lugar seguro o basta con que lo hagan desde un punto de acceso seguro. Y es que, por un lado, ex art. 129 bis.I podría entenderse que tales sujetos deben intervenir desde un concreto lugar seguro (a saber, la sede del órgano judicial), al señalar dicho precepto “constituido el Juzgado o Tribunal en su sede (...)”⁵²; sin perjuicio de que el tribunal pueda constituirse en cualquier otro lugar de su circunscripción cuando sea “necesario o conveniente para la buena administración de justicia” (art. 268 LOPJ)⁵³. Sin embargo, por otro lado, también podría defenderse que nada obsta para que estos sujetos intervengan

50 MONTESINOS GARCÍA, A.: “La prueba por videoconferencia en la cooperación judicial civil en la Unión Europea”, *A digitalização da cooperação judiciária civil: uma abordagem ibero-americana* (dir. por G. PALAO MORENO y V. RAIZER BORGES MOSCHEN), Tirant lo Blanch (Brasil), 2025, en prensa.

51 Siguiendo a SANCHIS CRESPO, “El Anexo a la Guía del CGPJ, pone como ejemplo de esos medios procesales idóneos, la pregunta por el Tribunal de los últimos dígitos del CSV de la cédula de citación mediante la que se convoca al declarante y su cotejo con el listado de intervinientes. Ese listado incluiría ese dato y lo tendría que haber preparado anticipadamente la oficina judicial al órgano jurisdiccional. Este modo de proceder se complementaría con la exhibición del DNI. Otra posibilidad de medio procesal idóneo sería -como explica Bueno Benedí-, el uso de un certificado digital o el envío previo, exclusivamente a la persona que debe intervenir, de una contraseña que le permita acceder a la videoconferencia. Para ello sería necesario que con anterioridad el futuro declarante enviase por email al juzgado sus datos identificativos” (vid. SANCHIS CRESPO, C.: “Vistas telemáticas y plataformas digitales: algunas cuestiones”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, p. 394).

52 En este sentido autores como GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?”, cit., p. 391; LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “La práctica de actuaciones judiciales por videoconferencia”, cit., p. 528.

53 VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A.: “El Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre: la (¿novedosa?) regulación de la “justicia telemática” en el proceso penal”, AA.VV.: *Next Generation Justice: Digitalización e inteligencia artificial* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ e I. ORDEÑANA GEZURAGA), La Ley, 2024, p. 608.

desde sitios que no puedan ser considerados lugares seguros a efectos del Real Decreto-Ley 6/2023 (pensemos en despachos que puedan tener en sus propias viviendas) siempre que lo hagan desde puntos de acceso seguros. Y ello con base en que el propio art. 129 bis LEC indica expresamente que cuando el interviniente participe en calidad de autoridad o funcionario público, lo hará desde “un punto de acceso seguro” (apartado 2, letra c), mientras que cuando se refiere al resto de personas, habla de un “lugar seguro” (apartado 2, letra b).

No nos gustaría finalizar este epígrafe sin antes advertir que las plataformas o sistemas de comunicación que vienen empleando los tribunales en las distintas Comunidades Autónomas están lejos de cumplir con las garantías y requisitos exigidos por el Real Decreto-Ley 6/2023. Así, por ejemplo, distintas Comunidades Autónomas (p. ej., Andalucía, Cataluña o la Comunidad Valenciana⁵⁴) hacen uso del sistema *Cisco Webex* para las videoconferencias, plataforma que no garantiza que la intervención se haga desde “puntos de acceso seguros” ni “lugares seguros”⁵⁵. Lo mismo cabe decir con respecto al sistema de videoconferencia *Cisco Meeting* empleado por las Comunidades Autónomas del denominado territorio del Ministerio de Justicia. Y no sólo están lejos de cumplir con las garantías exigidas a puntos de acceso seguros y lugares seguros (aunque no lo están tanto si nos atenemos a la enorme y discutible flexibilización presente en la *Guía técnica de interoperabilidad y seguridad de requisitos de puntos de acceso seguro y lugares seguros*⁵⁶), sino de otros aspectos de la nueva regulación del Real Decreto-Ley 6/2023. P. ej., éste (art. 60.2) parte de la regla de que la identificación de los intervinientes por videoconferencia se realice de forma electrónica; sin embargo, al hacer uso de las citadas plataformas se ha venido identificando a las personas mediante una exhibición ante la cámara del DNI y posterior identificación verbal⁵⁷.

54 Sobre el particular puede verse CATALÁN CHAMORRO, M. J.: “La revolución procesal para la ciudadanía tras el RDL 6/2023 a través de las aplicaciones de la Administración de Justicia digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024, pp. 28 y 29. Como bien apunta MURILLO PAÑOS, Y., “La celebración de juicios telemáticos”, *cit.*, p. 109, si queremos una plena consolidación tecnológica hay que seguir trabajando en mejorar las herramientas técnicas e interoperabilidad entre las aplicaciones existentes. Para empezar, es imprescindible contar con sistemas de gestión procesal, de grabación de vistas y de realización de videoconferencias de calidad que sean interoperables entre todos ellos, incluyendo todos los sistemas empleados por las Comunidades Autónomas, aunque sean diferentes. Sobre la interoperabilidad puede verse VEGAS AGUILAR, J. C.: “Algunas cuestiones de interés sobre la interoperabilidad entre órganos judiciales y fiscalías, a raíz del Real decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre”, AA.VV.: *Next Generation Justice: Digitalización e inteligencia artificial* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ e I. ORDENANA GEZURAGA), La Ley, 2024, pp. 783-824.

55 Así lo han manifestado los citados criterios orientadores aprobados por los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona con motivo del Real Decreto-Ley 6/2023 el 8 de mayo de 2024 (accesibles en https://www.icab.es/export/sites/icab/l.galleries/documents-noticies/CRAJ-UnificacioinCriterios_RDLey6_23_Aprobadosenjunta_ComunicaICABylCPB.pdf, consultados el 5.4.25).

56 *Vid. supra*, nota a pie 42.

57 Precisamente ha sido la necesidad de adaptar la regulación del art. 229.3, 2º LOPJ a la propia del Real Decreto-Ley 6/2023 lo que ha justificado su modificación por la LO 1/2025. Y es que este precepto, hasta la reforma operada por la LO 1/2025, se limitaba a postular que en los casos en que las actuaciones se realicen por videoconferencia “el letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo”. Dentro de este otro medio idóneo

O, p. ej., el Real Decreto-Ley 6/2023 (art. 45) parte de que debe ser posible presentar y visualizar documentos mientras se interviene por videoconferencia (en íntima relación con una de las garantías de los lugares seguros), lo que no se ha venido haciendo al usar tales plataformas, que no están preparadas para ello.

3. Plazo para solicitarla.

Más allá de los arts. 414.2, 1º, 432.1, 2º y 443.1 LEC, ningún otro precepto de la LEC establece la posibilidad de que el órgano judicial (o quien dirija la actuación) acuerde de oficio el uso de videoconferencia. Ni dichos preceptos ni ningún otro establecen un plazo al juez para decidir el uso de videoconferencia y comunicar a los intervinientes que deberán intervenir de esta forma, como sería deseable. Ahora bien, en el caso de que se solicite el uso de este medio a instancia de la parte que deba intervenir (sea la propia parte procesal u otra persona fuente de prueba, exploración o entrevista), la LEC sí establece que deberá hacerse, como mínimo, diez días antes del señalado para la actuación correspondiente (apartado 4 del art. 137 bis)⁵⁸.

Al respecto cabe efectuar las siguientes observaciones:

- Los diez días deben entenderse hábiles (art. 133.2 LEC).

- No se entiende por qué no ha establecido expresamente la posibilidad de solicitar la videoconferencia en un plazo menor, como sería deseable *de lege ferenda*. Si bien la fijación de dicho plazo puede encontrar su justificación en la necesidad de adoptar las medidas técnicas oportunas para que la videoconferencia se pueda desarrollar, no podemos olvidar que hay casos en que el uso de la misma podría estar totalmente justificado, aunque no se pudiese solicitar su uso con la aludida antelación. Pensemos en los supuestos en que podría acudir a ella en vez de evitar la suspensión o aplazamiento de vistas⁵⁹. De ahí que haya jueces o tribunales que, lejos de aplicar el art. 137 bis.4 en su literalidad, admitan excepciones⁶⁰.

cabría incluir la mencionada identificación electrónica (que puede ser previa o simultánea a la actuación), que es la preferente en las videoconferencias de acuerdo con el citado art. 60.2 del Real Decreto-Ley 6/2023. Tras la modificación operada por la LO 1/2025, el nuevo art. 229.3 se remite en lo que se refiere a cómo acreditar la identidad de quienes intervengan por videoconferencia, a "la ley que regule el uso de las tecnologías en la Administración de Justicia, respetándose lo establecido en las leyes procesales".

58 No se entiende que la regulación del art. 137 bis no coincida con la prevista en el art. 258 bis.2, 6º LECrim, que exige un preaviso mínimo de cinco días al acusado que decida no comparecer en la sede del tribunal. No existen motivos, por lo menos aparentemente, que justifiquen la diferencia de trato según estemos en el proceso civil o penal.

59 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023", *Diario La Ley*, núm. 10465, 2024, edición digital, p. 17.

60 Así, los citados criterios orientadores aprobados por los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona con motivo del Real Decreto-Ley 6/2023 el 8 de mayo de 2024, indican que "en caso de que la petición se formule con una antelación inferior a 10 días hábiles a la fecha del juicio o vista, la persona o parte

III. REFLEXIONES FINALES.

1ª. La regulación del art. 129 bis LEC no ha sido nada afortunada. Y no lo ha sido por muchos motivos, entre los que se encuentran:

1º) Con respecto a fijar la regla del uso preferente de videoconferencia para practicar actos procesales orales. Lo que pudo estar plenamente justificado en un momento determinado por la pandemia del COVID-19⁶¹, han querido generalizarlo el Gobierno y legislador español, con un injustificado afán de modernismo, sin considerar lo que ha costado en Europa y, por lo que a nosotros atañe, en España la conquista del principio de oralidad presencial (y sus principios consecuencia, a saber, inmediación, concentración y publicidad), que ha dejado una huella imborrable en nuestra práctica forense y que, más allá de una mera tradición, busca “favorecer la libre convicción judicial que, a través de la inmediación, se pretende alcanzar”⁶².

En ningún caso las ventajas de la videoconferencia⁶³ deben estar por encima de la necesaria observancia del principio de inmediación⁶⁴ (reconocido en el art. 137 LEC⁶⁵), lo que sucederá si existe una imagen o sonido distorsionado, únicamente admisibles para preservar la identidad en el “caso de testigos o peritos protegidos, agentes de policía, agentes de policía encubiertos, y, en definitiva, en el de toda aquella persona cuya identidad haya de ser preservada en el proceso de acuerdo con la ley” (art. 60.3 y 5 del Real Decreto-Ley 6/2023). Y lo cierto es que

solicitante deberá justificar documentalmente la causa por la que la petición se efectúa en ese momento, y el órgano judicial resolverá lo que considere procedente”.

61 Tal y como indicó la STS 22 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3144), “cuando concurren razones excepcionales que lo justifiquen, la intervención a distancia (v.gr. videoconferencia) será compatible con las exigencias del proceso justo si se acuerda en aras de salvaguardar un interés público relevante justificado y queda garantizada, la participación efectiva de la persona en el juicio.

Ese interés público relevante, en el supuesto analizado, está fuera de toda duda en atención a las circunstancias concurrentes con motivo de la crisis sanitaria” (FD Segundo).

Difícilmente haya personas que, ante las circunstancias de pandemia, hagan prevalecer la oralidad presencial sobre la seguridad o salud de las personas.

62 DAMIÁN MORENO, J: “En busca de un sistema procesal más eficiente”, *cit.*, p. 70.

63 Dichas ventajas no son pocas, aunque parecen más grandes en los procesos penales que en los civiles. Es indiscutible que en todo proceso el uso de videoconferencia permite ahorrar o reducir los desplazamientos, así como los gastos y el tiempo que son inherentes a ellos. Pero en los procesos penales la conveniencia del uso de medios telemáticos es mayor por sus ventajas en este concreto orden jurisdiccional, como son reducir la victimización secundaria o evitar riesgos de fuga de presos al no ser necesario su traslado. Sobre tales ventajas puede verse BARRAGÁN LÓPEZ, M.: “El proceso penal en entornos virtuales: La videoconferencia en la fase de instrucción y en el juicio oral”, AA.VV.: *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal* (dir. por A. SÁNCHEZ RUBIO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 92-93.

64 Ya decía la citada *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas* aprobada por el Consejo General del Poder Judicial el 7 de mayo de 2020, que la inmediación es uno de los “logros sobre los que no se puede retroceder como una posible consecuencia paradójica de los avances en tecnología” (vid. p. 1).

65 A este principio también hace referencia la propia Exposición de Motivos de la LEC, junto a la publicidad y oralidad, que deben ser efectivas en los distintos procesos declarativos (apartado XII). Mucho más clara y tajante es la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), cuyo art. 74 reza que las normas reguladoras de los procesos deben aplicarse e interpretarse “según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad”. Y no olvidemos que es la propia Carta Magna la que consagra la oralidad (sobre todo en los procesos penales) y la publicidad (art. 120 CE).

actualmente se producen no pocos problemas técnicos de conexión y reproducción del sonido y/o imagen, especialmente cuando hay muchos participantes⁶⁶ o entre órganos jurisdiccionales de distintas Comunidades Autónomas⁶⁷. Además de estos problemas técnicos y de que en la actualidad no contamos en todas las Comunidades Autónomas con sistemas de videoconferencia que cumplan con las normas y garantías impuestas por el Real Decreto-Ley 6/2023, los actos telemáticos comportan otros riesgos, como son la falta de formación de los propios operadores jurídicos⁶⁸ y que los medios técnicos hacen perder más fácilmente la atención, impiden percibir el lenguaje no verbal -tan importante⁶⁹- del declarante⁷⁰ y carecen de la parafernalia formal de la justicia, a la que es inherente una tensión tendente en principio a asegurar declaraciones más próximas a la verdad.

Nos preguntamos, por otro lado, si era necesario generalizar el uso de la videoconferencia. Hubiera bastado con dejar que la sociedad evolucionara a su ritmo, con nuevas generaciones que nacen inmersas en las TIC, que no conciben una vida sin ellas, con muchas más habilidades al respecto y con tecnologías mucho más perfeccionadas, acabando con ello con algunos escollos *supra* apuntados. Con el transcurso del tiempo y la llegada de nuevas generaciones es posible que los principios de oralidad y los que de él derivan se interpreten de forma diferente, conforme a la “realidad social del tiempo” (art. 3.I CC) que vivan, mucho más invadido por las TIC y medios electrónicos con estándares de calidad mayores.

No obstante, si se quería fomentar el uso de videoconferencia podría haberse optado por una forma más suave y respetuosa con la voluntad de las propias partes (que son quienes van a resultar afectadas por la resolución del asunto) y

66 Siguiendo a DEL RIQUELME HERRERO, es verdad que en la actualidad -esto sucede en los tribunales- en ciertas condiciones y a partir de un cierto nivel de complejidad o de un elevado número de intervinientes, la comunicación electrónica puede ser de baja calidad o llegar a cortocircuitarse (vid. DEL RIQUELME HERRERO, M. P.: “Las nuevas tecnologías como oportunidad ante la crisis del COVID-19”, AA.VV.: *Proceso civil y nuevas tecnologías* (dir. por J. SIGÜENZA LÓPEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 109).

67 Así lo ha puesto de manifiesto el acuerdo de unificación de criterios adoptado en la Junta Sectorial de Jueces de los Juzgados de Primera Instancia de Valencia celebrada el 23 de febrero del pasado año 2024 (accesible en <https://www.icaalzira.com/descargas/documentacion/unificacion%20criterios%20jueces%20ley%206-23.pdf>, consultada el 6.4.24).

68 No podemos perder de vista la importancia del factor técnico en el uso de la videoconferencia. Por ello nos parece interesante la propuesta de BUENO DE MATA de que los tribunales cuenten con personal auxiliar expertos en informática (peritos informáticos) que sirvan de apoyo para que las comunicaciones electrónicas (sean por videoconferencia o por otra vía telemática) se desarrollen con normalidad y, en su caso, solucionen los problemas que se puedan plantear. Vid. BUENO DE MATA, F.: “Juicios orales telemáticos y eficiencia digital”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 58, 2022, edición digital, p. 7.

69 PICÓ I JUNOY, J.: “Peligros de la prueba judicial practicada telemáticamente”, *cit.*, p. 7. Otros autores, sin embargo, apuntan la existencia de estudios psicológicos de los que se desprende que el engaño se detecta en igual medida en el entorno presencial y en el telemático. Es más, según tales estudios, es posible que se esté confiando demasiado en el lenguaje no verbal porque éste no es ajeno a prejuicios y puede conducir a conclusiones erróneas. Vid. VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., “El Real Decreto-Ley 6/2023”, *cit.*, p. 620.

70 De ahí que numerosos autores, entre ellos BANACLOCHE PALAO, J.: “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, 2021, núm. 9814, edición electrónica, y DEL RIQUELME HERRERO, M. P.: “Las nuevas tecnologías”, *cit.*, estén en contra de generalizar el uso de videoconferencia.

acordar judicialmente su participación telemática, ya sea a su instancia o de oficio por el tribunal, pero con el consentimiento de la parte⁷¹ o, si se prefiere, aunque éste no sea vinculante, atendiendo a su opinión⁷². Y con respecto al resto de otros posibles intervinientes, acordarla también a su instancia o de oficio atendidas las circunstancias (distancia entre su residencia y la sede del tribunal, estado de salud del declarante, victimización secundaria, etc.), no siendo en este caso tan necesaria su audiencia, pero sí conveniente.

2º) *Con respecto a su oscura redacción.* Estamos ante una regla general (la del uso de videoconferencia para realizar actos procesales orales) que, aunque aparentemente ha pasado a consolidarse con el art. 129 bis (y también, art. 258 bis LECrim), la redacción de este precepto es tan enrevesada (con una excepción, a su vez tres excepciones a la misma y, a su vez, posibles decisiones judiciales en contrario) que llega a plantear la duda de si realmente se ha querido fijar tal regla o falta convencimiento.

Y es que, pese a que en las actuaciones telemáticas se respeten “las mismas normas de decoro, vestimenta y respeto exigidas en las actuaciones realizadas presencialmente en las salas de vistas y en las sedes de los tribunales, oficinas judiciales y oficinas fiscales” (art. 60.6 del Real Decreto-Ley 6/2023), la inmediatez presencial aporta un valor añadido que no tiene la inmediatez digital, por mucho que el propio Tribunal Supremo se haya pronunciado indicando que no se

71 En la línea de lo que sucede en la normativa de la Unión Europea con respecto a quien ocupa la posición pasiva en el proceso penal. Así, desde el pionero art. 10.9 del Convenio Europeo relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, que ya establecía el requisito del consentimiento del acusado para su intervención por videoconferencia, su regulación ha sido acogida en los posteriores instrumentos normativos que se han ido sucediendo, como p. ej. los reguladores de la orden europea de investigación (vid. art. 24.2 de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, y art. 216.1, 2º de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea [BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014]) o el más reciente Reglamento (UE) 2023/2844, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial (vid. su art. 6.2.b). Sobre el particular pueden verse LARO GONZÁLEZ, E.: “La declaración por videoconferencia en la cooperación judicial penal”, AA.VV.: *El proceso como garantía* (dir. por J. M. ASENCIO MELLADO y O. FUENTES SORIANO), Atelier, 2023, pp. 685-693; y, de la misma autora, “La declaración por videoconferencia en materia penal desde la perspectiva europea y española”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 85, 2025, pp. 150-170. Incluso en el proceso penal, en que hay en juego bienes jurídicos tan importantes como la libertad de las personas y existe el derecho del acusado a estar presente en el juicio (art. 8 de la Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; derecho que forma parte de los derechos de defensa reconocidos en el art. 48 CDFUE, tal y como indica el Considerando 33 de dicha Directiva, sin transponer a nuestro ordenamiento jurídico), hay quien no ve problemas en que el acusado intervenga por videoconferencia en el acto del juicio “por su propia voluntad y deseo (y por ende asumiendo las consecuencias de su petición)” (SIERRA GABARDA, R.: “A vueltas con la intervención del acusado en juicio por videoconferencia: comentario a la STJUE de 4 de julio de 2024, As. C-760/22”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2024, p. 7).

72 En la línea de lo previsto por el Reglamento (UE) 2023/2844, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial, para la participación en vistas por videoconferencia o sistemas similares en materia civil o mercantil. Vid. su art. 5.1.b).

quebranta el principio de inmediación⁷³. Y esto es algo que saben los propios redactores del Real Decreto-Ley 6/2023 porque es precisamente ello lo que justifica el establecimiento de la excepción a la regla general prevista en el art. 129 bis.2. El principio de oralidad (y sus principios consecuencia) alcanza su máximo sentido en la práctica de medios probatorios o declaraciones ante el juez o tribunal encargado de resolver el caso o adoptar la decisión oportuna. No hay duda de que el impacto (negativo) que la forma telemática tiene sobre la tutela judicial efectiva es mayor en aquellas vistas en que hay exploraciones, entrevistas o se practica prueba cuya fuente sean personas físicas que van a incidir directamente en el resultado del pleito.

73 Puede verse la STS 22 octubre 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6658). Según esta, “en relación al quebrantamiento del principio de inmediación y contradicción, el sistema de videoconferencia, cuya transmisión se efectúa en tiempo real, no se puede estimar que implique una vulneración de tales derechos ni del derecho de los inculcados a someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el Fiscal. Las declaraciones de testigos son percibidas directamente por los miembros del Tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas. Es con la finalidad de asegurar y garantizar la necesaria contradicción por lo que la Ley exige que el sistema sea bidireccional y transmita de forma simultánea la imagen y sonido” (FD Segundo). O la posterior STS 27 junio 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2163): “El uso de la videoconferencia permite la total conexión en los puntos de origen y destino como si estuvieran presentes en el mismo lugar, con lo que se da cumplimiento a la premisa de que se celebre la actuación judicial en unidad de acto. No se vulnera ningún principio procesal al poder dirigir las partes a los testigos las preguntas que sean declaradas pertinentes con contradicción y sin que pueda existir indefensión ni vulneración de la tutela judicial efectiva. (...) no existe vulneración procedimental por este uso de la videoconferencia que supone la presencia física del testigo en el plenario concurriendo, pues, la inmediación de la práctica de la prueba en el plenario con la “concentración” de la misma en el juicio oral, y es lo que ha permitido al Tribunal formar su criterio y convicción acerca de la credibilidad de los testigos y la comparación de las pruebas” (FD Cuarto). En la misma línea, resoluciones como el AAN 7 marzo 2025 (ECLI:ES:AN:2025:1878A), según el cual “con relación a la inmediación y al derecho de la víctima a que sea oída personalmente ante el Tribunal sentenciador, no cabe duda de que en estos delitos contra la libertad e indemnidad sexual y malos tratos, la inmediación cobra especial importancia y relevancia para el Tribunal, pero también es cierto que la declaración telemática puede suministrar junto a la versión de la persona las emociones que se le puedan desencadenar al relatar lo sucedido. En esta misma orientación el legislador ha incluido en el artículo 258 bis.3 LECRIM (introducido por el art. 101. del Real Decreto-Ley 6/23 de 19 de diciembre) la necesidad de que las declaraciones de las víctimas se lleven a cabo por videoconferencia. Por tanto con la declaración telemática no se vulnera ningún principio procesal al cumplirse los requisitos de inmediación, publicidad, oralidad, concentración, unidad de acto y contradicción, al poder dirigir las partes a los testigos y peritos las preguntas que sean declaradas pertinentes con contradicción y sin que pueda existir indefensión ni vulneración de la tutela judicial efectiva. Criterio que es reiterado en el auto del Tribunal Supremo sec. 1ª, A 20-10-2022, nº 913/2022, rec. 2745/2022 (...)” (FJ Sexto). Lo cierto es que el propio TS sabe que la inmediación aporta un valor añadido que puede ir difuminándose con los avances tecnológicos. Y es que antes de decantarse por la preferencia de la opción telemática, si es técnicamente posible, para la declaración de testigos y peritos como hace en la citada STS 27 junio 2019, en otras resoluciones como la STS 17 marzo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:812), o la STS 30 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5685), no obstante validar su intervención telemática, ha entendido que “de alguna manera, se sacrificaba el principio de inmediación, y que dicho sacrificio sólo podía tener lugar cuando concurrieran razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, pudieran prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que habría de valorarlas” (vid. VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., “El Real Decreto-Ley 6/2023”, cit., p. 602). Las cosas no son iguales cuando hablamos de la intervención telemática del propio acusado, ya que en tales casos el citado Alto Tribunal la ha venido admitiendo cuando su intervención a distancia esté justificada por razones de excepcionalidad, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (para más detalles vid. *ibidem*, pp. 603-607). Aunque hay que decir que esta postura ha estado basada en razones fundamentales que la tecnología actual puede superar y que desaparecerían si el abogado pudiera reunirse con su cliente (acusado) telemáticamente de forma aislada o privada en una sala virtual para hablar sobre cuestiones que pudieran ir planteándose en el juicio que fueran importantes para su defensa (p. ej., al hilo del contenido de la declaración de un testigo).

2ª. Intentando poner algo de orden ante tal laberíntico precepto y a la luz de otros preceptos con los que debe interpretarse sistemáticamente, tras los puntos analizados en el presente trabajo tratemos de fijar un esquema que pueda arrojar algo de claridad:

1º) *Con respecto a la regla general y el acuerdo expreso del tribunal.* La regla general es que los actos procesales orales se realizarán mediante videoconferencia y, por tanto, el juez o tribunal sólo debería acordar expresa y motivadamente la celebración presencial del acto. Sin embargo, si el juez decide la intervención telemática en audiencias previas o juicios de juicios ordinarios o en vistas de juicios verbales (lo que en principio debería hacer cuando no se deban practicar medios probatorios sobre personas físicas o, debiendo hacerlo, éstas soliciten intervenir de forma telemática por residir fuera del municipio en que tiene la sede el tribunal), deberá acordarlo expresamente. Estamos ante una disparidad de criterios cuya justificación no acabamos de entender, especialmente con respecto a las audiencias previas de juicios ordinarios, firmes candidatas a la celebración de esta forma.

Debería, pues, cambiar la *praxis* judicial, dado que en la práctica forense los jueces están acordando expresamente tal desarrollo telemático incluso para intervenir en actos orales distintos a estos dos. Tal práctica forense se entiende perfectamente ante tanta confusión normativa.

2º) *Con respecto a las excepciones.* Aunque dicha regla tiene prevista expresamente una única excepción, totalmente justificada, como es la intervención presencial en actos de exploración, entrevista o práctica de prueba cuya fuente es una persona física, deberían admitirse excepciones derivadas de problemas técnicos como los comentados. Estas podrían tener cabida considerando que en tales casos el tribunal no tiene “a su disposición los medios técnicos necesarios para ello” (art. 129 bis.1).

La aludida excepción expresamente prevista tampoco es absoluta, dado que el juez o tribunal, valorando las circunstancias del caso, podrá decidir la intervención telemática. Tales circunstancias son p. ej. la distancia entre la sede del tribunal y el lugar de residencia del interviniente, previa petición de éste⁷⁴; la intervención como fuente de prueba de un funcionario o autoridad, único caso en que parece que el juez o tribunal no deberá acordar expresamente la intervención telemática

74 Más que distancia (término que emplea el art. 169.4, 2º LEC y que justifica acudir al auxilio judicial cuando en el caso concreto no sea conveniente el empleo de videoconferencia) habría que hablar de que el interviniente resida fuera del municipio en que el tribunal tiene su sede, dado que dicha distancia -hablamos de municipios diferentes- en la práctica puede ser muy corta.

porque se parte de ella⁷⁵; la intervención de víctimas de violencia de género⁷⁶ o motivos de salud que desaconsejen o impidan al interviniente poderse desplazar a la sede del tribunal. Si incluso concurriendo tales circunstancias el juez no considera conveniente el uso de videoconferencia, podrá solicitar el auxilio judicial ex art. 169.4, 2° LEC cuando, atendiendo a la distancia u otras circunstancias del interviniente que resida fuera de la circunscripción del tribunal, a éste le resulta muy gravoso desplazarse a la sede y el juez tampoco considera conveniente su propio desplazamiento.

3°) *Con respecto al lugar.* El lugar desde donde se pueda intervenir telemáticamente es:

3.1. *Para las partes, peritos, testigos o profesionales*, en principio dos concretos lugares seguros, a saber: 1) la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo; 2) o el Juzgado de Paz (futura oficina de justicia municipal) si dispone de los medios técnicos adecuados. El interviniente podrá solicitar su intervención desde cualquiera de ellos; petición a la que deberá atenderse, salvo que no fuese posible intervenir desde allí telemáticamente por motivos justificados (como podrían ser que la oficina de justicia en su municipio no dispusiese de los medios técnicos oportunos o que, disponiendo de ellos, no pudiese intervenir por problemas de agenda en dicha oficina), en cuyo caso debería proceder su intervención telemática desde otro de los posibles lugares seguros indicados.

Excepcionalmente, si así lo acuerda el juez o tribunal, y siempre que el declarante no sea menor de edad o persona sobre la que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad (en estos casos siempre deberá declararse desde una oficina judicial), es admisible la intervención de estos sujetos desde cualquier otro lugar (aunque no sea un lugar seguro) atendidas las circunstancias del caso, siempre y cuando sea posible garantizar la identidad del participante, en los términos que precise la correspondiente norma reglamentaria. La adecuada adveración de la identidad es garantía insoslayable.

3.2. Aunque lo normal y razonable es pensar que los *jueces o letrados de la Administración de Justicia* intervengan desde un concreto lugar seguro (la sede del

75 En este punto la regulación del art. 129 bis coincide con la prevista en el art. 258 bis.3, b) LECrim: se parte de que el funcionario o autoridad intervendrá telemáticamente "salvo que el Juez o Tribunal, mediante resolución motivada, en atención a las circunstancias del caso concreto, estime necesaria su presencia física".

76 Recordemos que, aunque el campo normal de intervención de víctimas de delitos es el proceso penal, las víctimas de violencia de género deben acudir a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en un futuro, a la Sección de Violencia de Género de los Tribunales de Instancia) cuando presenten ciertas demandas civiles (art. 89.6 LOPJ). Por ello, aunque el art. 25.2.a) de la Ley 4/2025, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015), contemple el uso de videoconferencia como medida de protección de las víctimas durante la fase de enjuiciamiento del delito, debería igualmente adoptarse en estos procesos civiles.

tribunal), ante la falta de claridad de la LEC nada debería impedir que intervinieran telemáticamente desde puntos de acceso seguros (aunque no se encuentren en tal lugar seguro) cuando en el acto procesal oral que vaya a desarrollarse no haya sujetos que deban intervenir presencialmente.

4º) *Con respecto al plazo.* Se fija un plazo máximo para solicitar la intervención telemática cuando no haya sido acordada de oficio por el juez o tribunal (diez días). Ello resulta absurdo y justifica que la práctica forense se esté apartando de dicha previsión y aceptando plazos inferiores cuando la demora esté justificada.

Es una pena que el legislador no haya aprovechado la LO 1/2025, de 2 de enero, para aclarar incongruencias y dudas esenciales que, como se ha visto a lo largo del trabajo, se plantean en torno al uso de videoconferencia en los procesos civiles, algunas de las cuales hemos intentado aclarar y solucionar con propuestas *de lege ferenda*.

BIBLIOGRAFÍA

ANDINO LÓPEZ, J. A.: “Sobre los juicios telemáticos”, accesible en Sobre los juicios telemáticos – Mendoza Vázquez Abogados (abogadosenleonmv.com).

BANACLOCHE PALAO, J.: “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021, edición electrónica.

BARRAGÁN LÓPEZ, M.: “El proceso penal en entornos virtuales: La videoconferencia en la fase de instrucción y en el juicio oral”, AA.VV.: *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal* (dir. por A. SÁNCHEZ RUBIO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BUENO DE MATA, F.: “Juicios orales telemáticos y eficiencia digital”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 58, 2022, edición digital.

CALAZA LÓPEZ, S.: “Ejes esenciales de la justicia post-COVID”, *Diario La Ley*, núm. 9737, 2020, edición digital.

CATALÁN CHAMORRO, M. J.: “La revolución procesal para la ciudadanía tras el RDL 6/2023 a través de las aplicaciones de la Administración de Justicia digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024.

DAMIÁN MORENO, J.: “En busca de un sistema procesal más eficiente: una lectura a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 26, núm. 2, 2023.

DEL RIQUELME HERRERO, M. P.: “Las nuevas tecnologías como oportunidad ante la crisis del COVID-19”, AA.VV.: *Proceso civil y nuevas tecnologías* (dir. por J. SIGÜENZA LÓPEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: “¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2, 2021.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia”, AA.VV.: *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023* (dir. por J. BANACLOCHE PALAO y F. GASCÓN INCHAUSTI), La Ley, 2024.

LARO GONZÁLEZ, E.: “La declaración por videoconferencia en la cooperación judicial penal”, AA.VV.: *El proceso como garantía* (dir. por J. M. ASENCIO MELLADO y O. FUENTES SORIANO), Atelier, 2023.

LARO GONZÁLEZ, E.: "La declaración por videoconferencia en materia penal desde la perspectiva europea y española", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 85, 2025.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: "La práctica de actuaciones judiciales por videoconferencia en el Real Decreto 6/2023: especial referencia a los "lugares seguros" y "puntos de acceso seguros"", AA.VV.: *Next Generation Justice: Digitalización e inteligencia artificial* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ e I. ORDEÑANA GEZURAGA), La Ley, 2024.

MARCOS FRANCISCO, D.: "Hacia la plena digitalización de las comunicaciones en los procedimientos judiciales civiles en la Unión Europea y en España", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 65, 2025, edición digital.

MARTÍN BARELLA, E.: "La audiencia previa telemática, modernizar y agilizar el proceso sin desvirtuar los principios y garantías procesales", AA.VV.: *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso* (dir. por S. PEREIRA PUIGVERT y M. J. PESQUEIRA ZAMORA), Aranzadi, 2022.

MONTESINOS GARCÍA, A.: "La prueba por videoconferencia en la cooperación judicial civil en la Unión Europea", *A digitalização da cooperação judiciária civil: uma abordagem ibero-americana* (dir. por G. PALAO MORENO y V. RAIZER BORGES MOSCHEN), Tirant lo Blanch (Brasil), 2025, en prensa.

MURILLO PAÑOS, Y.: "La celebración de juicios telemáticos: herramientas e integración en el procedimiento judicial", AA.VV.: *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal* (dir. por A. SÁNCHEZ RUBIO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

PICÓ I JUNOY, J.: "Peligros de la prueba judicial practicada telemáticamente: examen crítico de los nuevos arts. 129 bis y 137 bis LEC", *Actualidad Civil*, núm. 7, 2024, edición digital.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023", *Diario La Ley*, núm. 10465, 2024, edición digital.

SANCHIS CRESPO, C.: "Vistas telemáticas y plataformas digitales: algunas cuestiones", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

SIERRA GABARDA, R.: "A vueltas con la intervención del acusado en juicio por videoconferencia: comentario a la STJUE de 4 de julio de 2024, As. C-760/22", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2024.

VEGAS AGUILAR, J. C.: "Algunas cuestiones de interés sobre la interoperabilidad entre órganos judiciales y fiscalías, a raíz del Real decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre", AA.VV.: *Next Generation Justice: Digitalización e inteligencia artificial* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ e I. ORDEÑANA GEZURAGA), La Ley, 2024.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: "Vistas telemáticas, punto de inflexión para la ansiada digitalización de la justicia", AA.VV.: *Next Generation Justice: Digitalización e inteligencia artificial* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ e I. ORDEÑANA GEZURAGA), La Ley, 2024.

VÉLEZ TORO, A. J.: "La normalización de una justicia de excepción", *Diario La Ley*, núm. 9779, 2021, edición digital.

VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A.: "El Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre: la (¿novedosa?) regulación de la "justicia telemática" en el proceso penal", AA.VV.: *Next Generation Justice: Digitalización e inteligencia artificial* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ e I. ORDEÑANA GEZURAGA), La Ley, 2024.



CONTRATACIÓN TRANSFRONTERIZA: TENDENCIAS
EN SU REGULACIÓN JURÍDICA

*INTERNATIONAL LEGAL CONTRACTING: TRENDS IN ITS
LEGAL REGULATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 532-565

Emmanuel
Guillermo
CARREÑO
BERNAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El comercio internacional ha crecido exponencialmente debido a la globalización, la tecnología y la expansión de mercados, transformando las relaciones comerciales entre distintas jurisdicciones. Los contratos internacionales son fundamentales para estas relaciones, definiendo los derechos y obligaciones en transacciones globales. Sin embargo, este escenario ha revelado la necesidad de marcos legales que aborden la complejidad de las transacciones transfronterizas. Este trabajo analiza cuatro tendencias clave en la regulación de los contratos internacionales: la desnacionalización del Derecho y el rechazo de las técnicas conflictuales tradicionales, la preferencia por el arbitraje como método de resolución de disputas, la autonomía de las partes en la contratación y la privatización normativa a través de la Lex Mercatoria y el Soft Law. Estas tendencias reflejan un cambio hacia soluciones legales más globales y flexibles que responden a las necesidades del comercio internacional. En conjunto, muestran una evolución hacia un sistema legal que ofrece mayor seguridad jurídica y adaptabilidad, contribuyendo a transacciones internacionales más fluidas y eficientes. Este análisis destaca cómo estos cambios están moldeando el futuro de la contratación internacional en un entorno comercial dinámico y globalizado.

PALABRAS CLAVE: Contratación transfronteriza; globalización; arbitraje; autonomía de la voluntad; privatización normativa; desnacionalización del Derecho.

ABSTRACT: International trade has grown exponentially due to globalization, technology, and the expansion of markets, transforming commercial relationships between different jurisdictions. International contracts are fundamental to these relationships, defining the rights and obligations in global transactions. However, this scenario has revealed the need for legal frameworks that address the complexity of cross-border transactions. This paper analyzes four key trends in the regulation of international contracts: the denationalization of law and the rejection of traditional conflict techniques, the preference for arbitration as a method of dispute resolution, party autonomy in contracting, and regulatory privatization through Lex Mercatoria and Soft Law. These trends reflect a shift towards more global and flexible legal solutions that respond to the needs of international trade. Collectively, they show an evolution towards a legal system that offers greater legal certainty and adaptability, contributing to smoother and more efficient international transactions. This analysis highlights how these changes are shaping the future of international contracting in a dynamic and globalized commercial environment.

KEY WORDS: Cross-border contracting; globalization; arbitration; autonomy of will; normative privatization; denationalization of Law.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROPENSIÓN A LA DESNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y RECHAZO A LA TÉCNICA CONTRACTUAL.- III. PROPENSIÓN AL ARBITRAJE.- IV. LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA.- I. La autonomía de la voluntad en la contratación.- 2. La interpretación del contrato internacional.- V. PRIVATIZACIÓN NORMATIVA.- I. La *Lex Mercatoria*.- A) Concepto.- B) Elementos o características.- 2. El *Soft Law*.- A) Concepto y características.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad, las interacciones más allá de las fronteras estatales se han vuelto cotidianas, especialmente en una era donde las tecnologías de la información permiten una comunicación instantánea entre personas situadas en distintos rincones del mundo. Este contexto ha hecho que los conceptos tradicionales de proximidad y distancia geográfica pierdan relevancia, pues las actividades comerciales y sociales pueden llevarse a cabo sin restricciones físicas, gracias al internet y otros medios de comunicación. Así, las fronteras nacionales se perciben cada vez más como divisiones artificiales, particularmente en el ámbito de los negocios, donde las relaciones económicas trascienden estas limitaciones¹.

En las últimas décadas, el comercio internacional ha crecido exponencialmente impulsado por la globalización, el desarrollo tecnológico y la expansión de los mercados. Este crecimiento ha transformado las dinámicas comerciales entre naciones y empresas de diferentes jurisdicciones. Ante este panorama, surge la necesidad de un análisis profundo de los contratos internacionales, ya que son el vehículo principal para formalizar los derechos y obligaciones de las partes en una transacción jurídica².

Sin embargo, esta expansión del comercio internacional también ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con marcos legales que respondan a las complejidades y desafíos inherentes a las transacciones transfronterizas. El presente trabajo tiene como objetivo analizar las principales tendencias en la regulación de los contratos internacionales, destacando cómo estas han evolucionado para adaptarse a las exigencias de un entorno global en constante cambio.

1 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 22, 2004, pp. 18-19.

2 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 37-40.

• 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 Doctor en Derecho Ciencia Política y Criminología de la Universitat de València. Correo electrónico: emanuelgcb@hotmail.com.

El análisis se centrará en cuatro grandes áreas de estudio: la desnacionalización del Derecho y el rechazo a las técnicas conflictuales tradicionales, la propensión al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas, la autonomía de la voluntad privada como principio rector de la contratación internacional, y la privatización normativa que se refleja en el resurgimiento de la *Lex Mercatoria* y el *Soft Law*, resaltando cómo estas tendencias están moldeando el futuro de la contratación internacional y contribuyendo a la creación de un marco legal más flexible, eficiente y adaptado a las necesidades del comercio global.

II. PROPENSIÓN A LA DESNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y RECHAZO A LA TÉCNICA CONFLICTUAL.

En el contexto jurídico actual, marcado por la globalización, las transacciones comerciales internacionales han generado un nuevo paradigma donde las fronteras estatales pierden relevancia en el ámbito negocial. Esta realidad ha traído consigo desafíos significativos tanto para los gobiernos como para los participantes en el comercio internacional, quienes enfrentan problemas sobre el régimen jurídico aplicable a las relaciones contractuales internacionales. En particular, la normatividad tradicional ha mostrado ser insuficiente para abordar de manera adecuada las complejidades de las operaciones comerciales en un entorno global.

Este panorama problemático surge, en gran medida, de la falta de capacidad y voluntad política en algunos Estados para regular fenómenos comerciales modernos, como las relaciones jurídico-negociales derivadas del comercio internacional³. Así, se observa una creciente tensión entre las normativas nacionales, diseñadas para regular relaciones de carácter local, y las exigencias de un entorno económico cada vez más internacionalizado. Estas normativas locales resultan, en muchos casos, inadecuadas para abordar la complejidad y dinamismo de las relaciones jurídicas modernas.

Las normas que regulaban la relación jurídica-negocial de carácter internacional, nacían a partir del modelo clásico de la producción de Derecho, es decir del Derecho proveniente del atributo central de la soberanía estatal, donde el Estado había sido entendido tradicionalmente como el único organismo facultado para la producción de Derecho tanto dentro de su territorio como al nivel de las relaciones entre Estados⁴. Este Derecho se encontraba concebido para regular primordialmente contratos de carácter meramente local, el cual entró en problemas al enfrentarse a una economía en continua transformación que reclamaba la creación de normas

3 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", *Revis@ e-mercatoria*, vol. 11, núm. 2, 2012, p. 47.

4 MEREMINSKAYA, E.: "La desnacionalización del Derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en MARTINIC GALETOVIC, M. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (dir.): *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello. Tomo I*, LexisNexis, Santiago, 1ª ed., 2005, p. 1391.

flexibles que permitieran una interacción entre el Derecho y los cambios de la realidad económica y social del mundo globalizado. En este sentido encontramos que la normatividad estatal en esta concepción clásica descrita resultaba ser la oposición de la flexibilidad que reclaman los participantes del comercio a la regulación de sus relaciones contractuales de carácter internacional⁵.

Ante estas dificultades se encontraban los comerciantes, quienes evidenciaban que la legislación estatal no se ajustaba a sus negocios de carácter internacional, presentándose como un sujeto extraño al Derecho estatal, evidenciando que sus actividades se encontraban ante una verdadera falta de seguridad jurídica. Lo anterior se traducía en aspectos como la incertidumbre respecto de la ley que gobernara su contrato, en el caso de que hubiera guardado silencio respecto de la ley aplicable en el contrato o la falta de idoneidad de la misma, si las partes la pactaron expresamente o inclusive la falta de idoneidad de la ley aplicada al caso por el juez en atención de las normas de conflicto⁶, así como la incertidumbre del juez competente a su relación contractual ante un eventual conflicto.

En suma, la contratación internacional presentaba una incerteza legal para los comerciantes, quienes por obvias razones necesitan conocer con exactitud cuál es el régimen jurídico aplicable a su relación contractual de naturaleza internacional, para saber con certeza cuáles son sus derechos y sus obligaciones⁷.

El Derecho ha planteado una solución, ante el movimiento trasfronterizo de personas, en las que se produce una interconexión de ordenamientos jurídicos y ante la inexistencia de un régimen jurídico sustantivo autónomo de carácter internacional, que gobierne el contrato de naturaleza internacional, más precisamente por intermedio del Derecho Internacional Privado, entendido como aquella rama perteneciente al ordenamiento estatal encargada de proporcionar la seguridad jurídica internacional buscada por las partes cuyas normas precisan el régimen jurídico aplicable a la relación de carácter internacional⁸, mediante la generación de las denominadas reglas o normas de conflicto, las cuales destraban el conflicto que pueda presentarse ante una relación privada de carácter internacional que tenga contacto con diversos ordenamientos jurídicos.

Estas reglas permiten concretar cuál ordenamiento jurídico es el que tiene vocación para regular la relación contractual⁹. Las reglas de conflicto son normas

5 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 47-48.

6 *Ibidem*.

7 CARRASCOA GONZÁLEZ, J.: "Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 18, 2000, p. 8.

8 *Ibidem*.

9 La regla de conflicto se sirve de un elemento denominado punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. Estos puntos de contacto son divididos por la doctrina en puntos de contacto

de carácter indirecto en el entendido de que no establecen directamente cuál es la solución sustantiva, sino que redireccionan el conflicto a un determinado ordenamiento jurídico¹⁰.

La concreción de cuál es la ley que tiene la vocación para gobernar el contrato internacional por medio de la norma de conflicto implica la localización en un determinado Estado de una relación jurídico-negocial vinculada con diversos sistemas jurídicos¹¹, con el fin de que el ordenamiento jurídico del Estado al que se refiere el criterio de conexión sea el que gobierne el negocio jurídico. Para algunos doctrinantes lo que hace esta regla de conflicto es “nacionalizar” las transacciones conectadas con varios Estados, puesto que la norma de conflicto lo que hace es buscar un determinado ordenamiento que regle el contrato¹².

No obstante, esta solución ha tenido amplias críticas, principalmente debido a que no existe una uniformidad a nivel mundial respecto de las normas de conflicto, motivo por el cual se cuestiona la utilidad de las mismas¹³. A su vez, para algunos resulta insatisfactorio la solución que aportan las normas de conflicto, las cuales “nacionalizan” una relación de carácter internacional y conducen a que la regulación del contrato internacional se efectué por una normatividad nacional la cual en muchos casos esta ideada para transacciones de carácter nacional¹⁴.

Por otra parte, hay quienes aseguran que las normas de conflicto no aportan verdadera seguridad jurídica por diferentes motivos, entre los cuales encontramos:

En primer lugar, las reglas que califican a un contrato como de carácter internacional, varían enormemente de acuerdo con las diferentes reglas de Derecho Internacional Privado de cada Estado, solo es posible conocer con seguridad las normas que determinaran la ley de un contrato, cuando no existen duda del Estado cuyos tribunales decidirán el litigio¹⁵.

fácticos y jurídicos. Los primeros hacen referencia a menciones de hecho como por ejemplo el lugar de celebración del contrato, la ubicación de los bienes raíces objeto del contrato y el lugar de registro en caso de bienes que de acuerdo con las leyes estén sujetos a esta formalidad. Los segundos hacen referencia a aspectos que necesitan ser interpretados como, por ejemplo, el domicilio de los contratantes. SANTOS BELANDRO, R.: “La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión”, *Revista de la facultad de Derecho*, núm. 32, 2012, pp. 291-292.

10 *Ibidem*.

11 “(...) la regla de conflicto clásica es esencialmente localizadora. Fiel a las enseñanzas de su creador -Federico Carlos de Savigny- siempre habrá que buscar el lugar donde se “asienta” la relación privada internacional y aplicarle el Derecho de ese lugar. Para ir hacia ese Derecho sustantivo estatal, la regla de conflicto se vale de un elemento que se llama punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. (...)”. *Ibidem*.

12 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, núm. 4, 1998, pp. 867-868.

13 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: “Reconocimiento

14 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, cit., pp. 8-9.

15 *Ibidem*.

Segundo, tenemos los problemas del denominado *forum shopping*, figura que consiste, en la posibilidad de las partes de un contrato internacional de acudir ante el juez o tribunal de su preferencia en búsqueda de la aplicación de determinado sistema de Derecho Internacional privado, buscando la ley más favorable a sus intereses, teniendo como vinculación a este foro algún punto de conexión. En resumen, una de las partes contractuales ante ausencia de regulación en el contrato, acude al *forum shopping* al interponer determinada acción en el foro que más convenga a sus intereses, sin perder de vista los puntos de conexión que le permitan escoger determinada ley sustantiva. Lo anterior teniendo en cuenta que el juez ante quien se presenta el conflicto es el encargado de discernir qué reglas de conflicto aplica como parte de su actividad jurisdiccional, las cuales con carácter general en el Derecho Comparado serán las reglas de conflicto del lugar donde ejerce jurisdicción¹⁶.

Esta figura tiene su origen precisamente en la inexistencia de una legislación universal de Derecho Internacional Privado, de ahí que la norma de conflicto sea por lo general diferente en cada Estado¹⁷, lo que tiene como consecuencia diferentes resultados dependiendo del foro que se elija. Ante esta situación, es normal que la parte demandante tienda a escoger en la medida que le sea posible el foro y en consecuencia las leyes que le sean más beneficiosas a su casusa¹⁸.

Tercero, encontramos el tema relativo a las sentencias o decisiones claudicantes, término empleado para aludir al fenómeno producido por decisiones judiciales proferidas en Estados diversos y cuyo contenido es diferente, contrario o incompatible¹⁹. Resulta evidente que, al existir casi tantas normatividades como países, el resultado a un mismo litigio puede tener resultados completamente diferentes y llegar a ser hasta opuestos dependiendo del foro donde se inicie el litigio.

Ante estos importantes problemas, los comerciantes y demás actores del comercio internacional han venido reclamando la elaboración de normas extra nacionales, con el fin de hacer frente a las carencias propias de la técnica conflictual, siendo estas nuevas normas una respuesta de calidad muy superior a los problemas

16 ADAME GODDARD, J.: "El Derecho de los contratos internacionales", en R. MÉNDEZ SILVA. (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2010, p. 5.

17 Es preciso señalar que en la actualidad existe la armonización de las normas de conflicto en diferentes regiones, como por ejemplo la Unión Europea, en donde se ha armonizado esta cuestión desde hace muchos años, primeramente, a través del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, convenio que se transformó en un Reglamento de la Unión Europea, El Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, mejor conocido como "Reglamento Roma I".

18 AGUILAR DOMÍNGUEZ, A.: "La delgada línea entre el *forum shopping* y el fraude a la ley", *Revista de Derecho Privado*, núm. 13, 2018, p. 77.

19 OVIEDO ALBÁN, J.: "Las reglas de conflicto y la armonización del Derecho de los contratos internacionales" *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 39, 2013, p. 46.

transaccionales y las respuestas brindadas por la norma de conflicto, las cuales “nacionalizan” las transacciones calificadas como internacionales, de acuerdo a lo ya expuesto en este trabajo y las cuales conducen a una regulación por una normativa nacional adoptada expresamente para regular negocios jurídicos de carácter eminentemente nacional²⁰.

Por su parte, los Estados han planteado diversas soluciones. En primer lugar, algunos Estados se han interesado en que se elaboren textos internacionales, que incluyan normas de conflicto comunes, generando que la ley estatal aplicable a los contratos internacionales sea siempre la misma con independencia del juez que conozca el litigio, siempre que se trate de uno de los Estados que suscriba el convenio. No obstante, a dicha solución solo se ha llegado en el ámbito de la UE, que ha logrado la uniformidad de las normas de conflicto²¹. En un inicio, esta armonización tuvo lugar a través del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero posteriormente este convenio se transformó en el Reglamento Roma I.

Otra solución planteada es la creación de normas uniformes o la creación de normas sustantivas armonizadas en materia de contratación internacional. Esta solución ha sido adoptada por organizaciones internacionales y suscritas por muchos Estados, sin embargo, solo para ciertos contratos internacionales, como la compraventa internacional de mercaderías y el transporte de mercancías²².

Por otra parte, los contratantes han hallado soluciones, en el desarrollo de su autonomía privada, valiéndose de que en el Derecho Internacional Privado moderno, como se precisara, se admite como regla general la posibilidad de elección de la ley del contrato, en el marco de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales²³, generando una seguridad jurídica preventiva, en el entendido que al determinarse en el contrato de manera expresa la ley que lo regirá, evita conflictos posteriores entre las partes, además se les permite la elección de las leyes más adecuadas para la resolución de sus intereses, así como para la satisfacción de sus necesidades, generando ahorro en costos de transacción y permitiendo escoger una ley neutral. Por otra parte, permite a las partes salir

20 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, cit., p. 8.

21 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, cit., p. 48.

22 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, cit., pp. 8-9.

23 El Derecho Internacional Privado moderno admite como regla general la autonomía de la voluntad privada en un doble alcance: material y conflictual. En cuanto a la autonomía material, las partes pueden determinar el clausulado contractual del contrato es decir su contenido teniendo como límite las normas imperativas, en cuanto a la autonomía conflictual las partes pueden escoger la ley que gobernara el contrato. OVIEDO ALBÁN, J.: “La ley aplicable a los contratos internacionales”, cit., pp. 122-123.

adelante de manera satisfactoria frente a la indeterminación del punto de conexión prevalente a la norma de conflicto²⁴.

La tendencia de la elección de la ley del contrato, junto con las deficiencias de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de contratación internacional incapaces de dar respuestas óptimas a las peculiaridades modernas de las transacciones internacionales, ha alentado la elaboración de normas materiales uniformes y armonizadas para la regulación del comercio internacional al margen de la participación directa de los legisladores estatales²⁵.

Entre estas normatividades, destaca la creada por los directos perjudicados con los problemas devenidos de los contratos internacionales, es decir la comunidad internacional de comerciantes, denominada también como *Societas Mercatorum*, quienes han tendido a regular entre ellos mismos sus propias actividades elaborando y reconociendo un conjunto de normas provenientes de sus mismos usos y prácticas mercantiles denominada *Lex Mercatoria* (concepto que más adelante se definirá con precisión) alejándose de la tradicional concepción positivista en la cual la ley es el único instrumento de regulación de los contratos²⁶.

III. PROPENSIÓN AL ARBITRAJE.

En la práctica comercial moderna y ante la proliferación de la actividad comercial internacional, se ha consolidado y desarrollado el arbitraje comercial internacional como tendencia y alternativa a las jurisdicciones estatales, al cual acuden los comerciantes como medio económico, eficaz y ante todo como mecanismo mucho más rápido que los tribunales estatales, lo cual resulta ser de absoluta importancia en una época moderna donde el tiempo en los negocios constituye dinero, lo que se traduce en un gran atractivo para los participantes del comercio internacional²⁷.

Dada sus bondades, el arbitraje como mecanismo dispositivo extrajudicial y alternativo de solución de conflictos, en donde se imparte justicia, al servicio de la comunidad internacional, se ha institucionalizado como el método de solución de conflictos más utilizado²⁸, y no es en vano, en razón a que hace ya varias décadas

24 *Ibidem*.

25 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", cit., p. 4.

26 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 49-50.

27 CRUZ MIRAMONTES, R.: "El arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre los contratos internacionales", en *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México- Universidad Panamericana, México D.F., 1ª ed., 1998, p. 255.

28 HERRERA BONILLA, K. M.: "Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional", *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, núm. 6, 2017, pp. 266-269.

se viene dando un incremento importante en el volumen de las transacciones internacionales así como en la complejidad de las mismas, lo que ha traído consigo el aumento de las probabilidades de surgimiento de controversias contractuales. Como efecto obvio ha surgido la necesidad de buscar un mecanismo que ofrezca una pronta y eficaz resolución a las controversias surgidas por parte de operadores jurídicos altamente especializados en la respectiva materia objeto del conflicto.

Por otra parte, los contratantes internacionales con recurrida frecuencia sienten que los tribunales estatales no ofrecen la especialidad deseable para abordar la problemática derivada de sus negocios de carácter internacional, teniendo como efecto que recurran cada vez más al arbitraje internacional en busca de una solución cualificada de sus conflictos. En estos tiempos globalizados cobran importancia factores característicos y propios del arbitraje como la neutralidad, flexibilidad, confidencialidad, eficacia y la prontitud en la resolución de conflictos²⁹, factores que no siempre ofrecen los tribunales estatales.

Por su parte, el arbitraje comercial internacional se construye sobre la base de la autonomía de la voluntad privada, la cual se materializa en el acuerdo arbitral. Este acuerdo constituye el pilar o “piedra angular” del arbitraje, el cual nace como una verdadera manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica³⁰.

El acuerdo arbitral produce dos efectos, uno positivo y uno negativo. Como efecto positivo se atribuye competencia al tribunal arbitral para conocer de un determinado asunto litigioso. En cuanto al efecto negativo, sustrae el conocimiento a los jueces estatales de aquellos asuntos contenciosos discriminados en el acuerdo arbitral³¹.

Resta manifestar que aunque el arbitraje internacional ofrece iguales garantías a todo proceso judicial, este método alternativo ostenta dos características principales que lo diferencian de la justicia estatal³². En primer lugar, que a diferencia

29 Ibidem.

30 COULON BAUER, S.: “La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio”, en C. E. ODRIÓZOLA MARISCAL (dir.): *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado, Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (Ciudad de México, 22-23 de octubre de 2015)*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F., 2015, pp. 89-91.

31 CAIVANO R. J.: “EL Rol del Poder Judicial el Arbitraje Comercial Internacional”, en M. MCLEAN y J. MORENO-VALLE. (eds.): *Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos*, OEA, Washington, D.C., 2006, pp. 100-101.

32 Ibidem.

del juez estatal³³, el árbitro carece de poder coercitivo³⁴ y, segundo, en el arbitraje no procede la interposición de recursos ordinarios³⁵.

Es así que, con las salvedades anteriores, el arbitraje internacional cuenta con grandes bondades que no ofrece la jurisdicción ordinaria, entré las cuales se cuenta con el poder o facultad de elegir en ejercicio de la autonomía privada: el objeto del arbitraje, el número de árbitros, la sede, el idioma, la ley aplicable³⁶. Por otra parte, cuentan los contratantes con facilidades y prerrogativas como: la de acomodar las normas procedimentales y adecuarlas a sus necesidades, la flexibilidad del procedimiento, la especialización de los árbitros, la privacidad de las audiencias, la confidencialidad de las materias controvertidas y la neutralidad del foro. Todo lo anterior representa verdaderas ventajas que llevan a las partes a preferir este mecanismo alternativo de solución de conflictos, a la tradicional justicia que nos ofrecen los Estados³⁷.

En definitiva, el arbitraje al no ceñirse a ningún canon fijo, permite a las partes en ejercicio de su voluntad evitar ciertas incertidumbres propias de los litigios ante los jueces ordinarios como, por ejemplo, la persona del juez que juzgará el pleito, la imprecisión de la duración del procedimiento al estar el arbitraje libre de incidentes, recursos y maniobras dilatorias y formalismos entorpecedores, también la imposibilidad de realizar los cálculos respecto a los costos de transacción propios de cualquier proceso judicial. Todos estos factores característicos de la jurisdicción estatal permiten afirmar de acuerdo a como lo destaca la doctrina, que hoy en día en el comercio internacional, los comerciantes casi de forma unánime **tienden** a elegir el arbitraje para resolver sus diferencias³⁸. Incluso algunos autores se han atrevido a afirmar que “(...) más que un rechazo de la justicia de los tribunales judiciales, el arbitraje constituye hoy en día la única jurisdicción viable para solventar los litigios que derivan del comercio internacional (...)”³⁹.

33 La falta de poder coercitivo de los árbitros implica la necesidad de acudir ante los jueces, para que sean estos en uso del poder de *imperium* los que hagan cumplir una actuación de alguna parte o un tercero que se reúse a ejecutar la orden del árbitro en el procedimiento arbitral. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *La asistencia judicial al arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), Editorial Reus, Madrid, 1ª ed., 2009, p. 13.

34 El art. 117.3 de la Constitución Española, establece que sólo los juzgados y tribunales reconocidos en las Leyes tienen la potestad exclusiva para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por su parte en Colombia el art. 43 de Ley 1563 de 2012 establece que la ejecución del laudo está a cargo de la justicia ordinaria o la contencioso-administrativa, según el caso. Constitución Española, (BOE núm. 311, de 29/12/1978); Ley 1563 de 2012 de la República de Colombia, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. (Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012)

35 Art. 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. (BOE núm. 309, de 26/12/2003.); Art. 40 de la Ley 1563 de 2012 de la República de Colombia, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. (Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012).

36 CRUZ MIRAMONTES, R.: “El arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre los contratos internacionales”, cit., pp. 258-259.

37 COULON BAUER, S.: “La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio”, cit., pp. 89-91; HERRERA BONILLA, K. M.: “Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional”, cit., pp. 270-271.

38 *Ibidem*.

39 PICAND, E.: *Arbitraje comercial internacional, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 215.

Sin embargo y antes de finalizar, resulta importante exponer que, si bien es verdad que el arbitraje tiene un sin número de beneficios, se debe dejar claro que no puede existir una institución arbitral eficiente y funcional sin el apoyo y cooperación de los jueces y tribunales ordinarios. El apoyo estatal a los tribunales arbitrales se manifiesta durante todo el procedimiento arbitral, desde la designación de los árbitros hasta la ejecución del laudo⁴⁰.

Y es que los árbitros, aunque bien administran justicia, no tienen el denominado *ius imperium*, es decir, el poder soberano del Estado para usar los medios legítimos necesarios para hacer cumplir e imponer las decisiones, en este caso, judiciales, y que es poder propio de los tribunales estatales⁴¹. Tradicionalmente se ha sostenido que los árbitros poseen jurisdicción, pero carecen del poder de *imperium* (reservado al juez, depositario de la soberanía nacional)⁴², tal ausencia se debe a que el árbitro no puede ejecutar medidas coercitivas, ni usar el poder del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones, y en ese sentido, tal fuerza coercitiva debe ser ejercida por otro funcionario estatal, normalmente los jueces o tribunales estatales⁴³.

Esta falta de poder coercitivo por parte de los árbitros se predica no solo frente a las partes, quienes en última instancia son las que le han dado origen y razón al procedimiento arbitral, sino sobre todo frente a terceros ajenos al asunto, incluyendo autoridades estatales⁴⁴. Es así que podemos afirmar que en definitiva, la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales constituye el exponente más significativo de asistencia judicial al arbitraje⁴⁵.

IV. LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA.

En el Derecho, al igual que en la vida misma, cada acción ejercida implica el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Incluso cuando aceptamos situaciones que no deseamos, es nuestra individualidad la que decide si actuar o no, y en consecuencia, debemos asumir los efectos de dicha decisión. En el contexto legal,

40 COULON BAUER, S.: "La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio", cit., pp. 91-92.

41 RETAMAL VALENZUELA, J. R.: "El *ius imperium* de los tribunales ambientales en Chile", *Revista Derecho del Estado*, núm. 44, 2019, pp. 257-284.

42 ANCEL, J. P.: "El Rol del Juez en el Derecho Francés de Arbitraje", en M. MCLEAN, y J. MORENO-VALLE. (eds.): *Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos*, OEA, Washington, D.C., 2006, p. 461.

43 QUIÑONES GÓMEZ, C. E.: "Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: Un motivo de tensión en el arbitraje nacional", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Edición especial, 2012, pp. 385-386.

44 CASTELLANOS HOWELL, A. R.: "Los árbitros y el *ius Imperium* ¿Compatibles o Incompatibles?", *Revista Auctoritas Prudentium*, núm. 2, 2009, p. 2.

45 GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, cit., p. 13.

la elección de cumplir o desobedecer ciertas normas imperativas también acarrea sus propias consecuencias⁴⁶.

El libre albedrío, concepto estrechamente relacionado con la voluntad, tiene profundas implicaciones en diversas áreas como la religión, la ética, la psicología, y el Derecho. Este término se refiere a la capacidad o poder de cada individuo para elegir y tomar sus propias decisiones. Sin embargo, su ejercicio no es neutral, ya que toda elección implica asumir las consecuencias de nuestros actos. En este sentido, el libre albedrío nos confronta con la responsabilidad de nuestras acciones, y según el contexto, nos proyecta hacia la expectativa de una recompensa o castigo, dependiendo de cómo actuemos a lo largo de nuestra vida⁴⁷.

En el ámbito del Derecho, el principio de autonomía de la voluntad no se distancia mucho del de libre albedrío. Este principio se traduce en la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para que cada individuo pueda determinar sus propios intereses y actuar en consecuencia. El Derecho nos otorga la capacidad de disponer de nuestros asuntos personales, aunque siempre bajo el aviso de que un uso irresponsable de esta libertad puede acarrear consecuencias específicas⁴⁸.

Por otra parte, es preciso indicar que el término “autonomía” hace alusión a la capacidad de gobernarse por sí mismo, mientras que “voluntad” (del latín *voluntas, voluntatis*) denota la intención de actuar de forma consciente⁴⁹.

De esta manera podemos definir en el ámbito jurídico la autonomía de la voluntad privada como:

(...) la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.(...)⁵⁰.

Esta institución, fundamental en el ámbito del Derecho Privado, tiene sus raíces en el antiguo Derecho Romano, donde se estableció una clara dicotomía entre el *ius cogens* y el *ius dispositivum*. Esta distinción refleja la diferencia entre las

46 LACAYO ARANA, M. A.: “El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos con condiciones generales en el ordenamiento colombiano”, *Catálogo Editorial Politécnico Granacolombiano*, núm. 1, 2021, pp. 47-49.

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 RODRÍGUEZ, M. S.: “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”, *Revista Científica de UCES*, vol. XV, núm. 1, 2011, pp. 116-117.

50 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-341 de mayo 3 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

normas de interés social, conocidas como normas de orden público de aplicación obligatoria, y aquellas disposiciones de interés eminentemente privado, en las que la voluntad de las partes tiene un margen de libertad para la creación de reglas aplicables a sus negocios jurídicos particulares. En este segundo ámbito, la autonomía de la voluntad adquiere protagonismo, permitiendo a los particulares establecer las normas que regirán sus relaciones jurídicas, siempre y cuando no contravengan las disposiciones de orden público⁵¹.

Modernamente, la institución se sustenta en la filosofía política francesa y en el pensamiento económico liberal que predominó entre la segunda mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Su base radica en el reconocimiento de la libertad natural del individuo, quien, mediante el ejercicio de su voluntad, tiene la capacidad de asumir o no obligaciones, adquiriendo, en consecuencia, derechos y determinando el alcance de ambos⁵².

Desde un enfoque económico, este principio se fundamentaba en el postulado del *“laissez faire, laissez passer”*, considerado como el pilar de la intervención estatal en la época. Se asumía que la autonomía de la voluntad privada constituía el mecanismo más adecuado para establecer relaciones justas y beneficiosas entre las personas. La premisa central era que ningún individuo racional aceptaría compromisos que le fueran perjudiciales ni actuaría de manera injusta consigo mismo. Esta idea se encapsula en el famoso aforismo jurídico francés atribuido al filósofo Alfred Fouillée: *“qui dit contractuel dit juste”*⁵³.

Así, el principio de la autonomía de la voluntad privada se refiere al poder que el sistema jurídico otorga a los individuos para decidir libremente sobre sus propios asuntos. En la actualidad, este principio está reflejado en los fundamentos del liberalismo jurídico, que defiende la idea de que las partes implicadas en una relación jurídica son las mejores jueces de sus propios intereses, y que el libre mercado tiende a generar los mejores resultados para ellas⁵⁴.

En la práctica, la autonomía de la voluntad privada se considera un principio esencial para la formación de relaciones jurídicas justas y útiles. Este principio reconoce la plena validez legal de los actos y declaraciones realizadas en el ámbito privado, consolidándose en los sistemas jurídicos contemporáneos, especialmente influenciado por el legado del Derecho francés⁵⁵.

51 SIQUEIROS, J. L.: “La contratación internacional posible armonización de su regulación jurídica”, *Boletín*, cit., pp. 810-814.

52 *Ibidem*.

53 Quien dice contractual, dice justo. *Ibidem*.

54 LACAYO ARANA, M. A.: “El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos con condiciones generales en el ordenamiento colombiano”, cit., pp. 47-50.

55 *Ibidem*.

En resumen, la autonomía de la voluntad es la piedra angular del derecho contractual, permitiendo a las partes ser creadoras de normas jurídicas. No obstante, este poder no es absoluto, ya que se ejerce dentro de los límites del marco legal que lo regula. Aunque el principio garantiza la libertad de las partes, también impone una gran responsabilidad en su ejercicio, dado que un uso indebido o irresponsable de esta libertad puede generar consecuencias negativas en el ámbito jurídico⁵⁶.

I. La autonomía de la voluntad en la contratación internacional.

La contratación transfronteriza, como ya se ha mencionado, ha crecido significativamente en su complejidad, lo que ha llevado a la necesidad de establecer normativas claras y especializadas que a menudo superan lo previsto en los marcos jurídicos internos. El comercio internacional moderno ha desbordado la capacidad de respuesta de muchas legislaciones nacionales, y es justamente en este contexto que los participantes del comercio internacional, quienes conocen mejor sus propios negocios, se encuentran en la mejor posición para elegir las condiciones más adecuadas para sus transacciones. Este poder de decisión se deriva de su autonomía de la voluntad, que les otorga la capacidad de determinar las reglas que regirán su operación comercial⁵⁷.

Es importante no confundir la autonomía privada, que fue tratada en el apartado anterior y se relaciona principalmente con los Derechos internos, con la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Internacional Privado, ya que ambas abordan situaciones distintas: una se refiere a asuntos de Derecho interno y la otra a cuestiones de Derecho transfronterizo⁵⁸.

De esta manera, a continuación examinaremos el papel que juega la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales. En estos, la voluntad de las partes puede manifestarse de dos formas:

- Conflictual: Elección del Derecho aplicable.
- Material: Establecimiento de las cláusulas específicas del contrato.

La autonomía de la voluntad conflictual, cuyo ejercicio es admisible solo ante la existencia de un contrato internacional, considerada como la autonomía propia del Derecho Internacional Privado, permite a las partes desplazar el Derecho elegido por las normas de conflicto legales, permitiendo entonces a las partes

56 RODRÍGUEZ, M. S.: "El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur", cit., pp. 116-117.

57 GALLINO, J.: "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 2012, pp. 73-77.

58 Ibidem.

seleccionar el sistema jurídico que regirá su contrato internacional, es decir, elegir la ley aplicable a la relación contractual, siempre dentro de los límites que imponga el Derecho Internacional Privado del juez que conozca el caso⁵⁹.

Por otro lado, la autonomía material otorga a las partes la facultad de establecer los términos específicos del contrato. Esto significa que las partes pueden configurar y definir el contenido normativo del contrato, dentro del marco del derecho sustantivo aplicable, ya sea por elección propia (autonomía conflictual) o por las normas de conflicto previstas por la ley. De esta manera, las partes tienen la libertad de pactar y formular sus cláusulas contractuales, siempre que no infrinjan las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico⁶⁰.

Aunque la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales tiene antecedentes históricos que se remontan al siglo XV, su consolidación en el Derecho moderno se atribuye a un fallo de la *Cour de Cassation* francesa del 5 de diciembre de 1910, en el caso *American Trade Company v. Quebec Steamship*. En este fallo, se reconoció que los contratos podían regirse por la ley escogida por las partes, allanando el camino para su aceptación en la doctrina y legislación europeas, a pesar de las restricciones impuestas en ciertos periodos por teorías que abogaban por una mayor intervención estatal para proteger el orden público⁶¹.

En la actualidad, la doctrina reconoce ampliamente que permitir a las partes elegir la ley que regirá el contrato genera seguridad jurídica, previniendo posibles conflictos entre las partes y facilitando la labor del juez que deba resolver el caso. Además, la autonomía de la voluntad permite a las partes seleccionar el ordenamiento jurídico que mejor responda a sus intereses, lo que optimiza costos de transacción, reduce la necesidad de información y posibilita la elección de una ley neutral que evite la imposición de una de las partes sobre la otra. Asimismo, la autonomía de la voluntad resulta eficaz frente a la indeterminación del factor de conexión en las reglas de conflicto⁶².

2. La interpretación del contrato internacional.

Como se mencionó anteriormente, el contrato se basa en la libertad de las partes para acordar los términos, pactos y cláusulas que rigen sus obligaciones, actuando como una ley entre ellas. No obstante, se destacó también que las normas imperativas juegan un rol crucial al limitar dicha autonomía, tanto en contratos internos como internacionales.

59 RODRÍGUEZ, M. S.: "El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur", cit., pp. 119-120.

60 OVIEDO ALBÁN, J.: "Autonomía de la Voluntad en los contratos internacionales", cit., pp. 13-16.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*.

En este contexto, la ley aplicable al contrato, seleccionada por las partes o asignada en ausencia de elección, delimita el grado de autonomía material permitido, incluyendo la aplicación de normas imperativas que restringen la libertad contractual. Además, más allá de la ley contractual, en ocasiones se aplican excepcionalmente normas de orden público internacional, ya sea de la jurisdicción donde se resuelve el conflicto o de un derecho estrechamente vinculado al contrato⁶³.

Independientemente de la influencia de las normas imperativas de la *Lex Fori*, de la ley contractual o de una tercera jurisdicción, se subestima con frecuencia la relevancia de la ley rectora del contrato en la interpretación de las cláusulas acordadas. Estas suelen ser el núcleo de las controversias jurídicas. Dentro del marco de la autonomía material, los sistemas jurídicos nacionales y la *Lex Contractus* siguen siendo decisivos, especialmente en cómo se resolverán las ambigüedades, contradicciones y vacíos en los acuerdos. Esto es clave para la interpretación del contrato⁶⁴.

La interpretación de los contratos forma parte de la hermenéutica jurídica, que alude a la interpretación de las normas legales, y es uno de los temas fundamentales en la filosofía del Derecho. La hermenéutica es, en esencia, la teoría científica del arte de interpretar textos, y en el Derecho, se refiere específicamente a la interpretación de la norma jurídica⁶⁵.

Así entonces, la función principal del contrato es permitir que las partes definan sus relaciones jurídicas privadas de la manera que consideren más adecuada. Por tanto, la interpretación del contrato tiene como objetivo verificar y complementar, si es necesario, esa voluntad común para que el acuerdo produzca los efectos legales deseados. En este sentido, la interpretación contractual se basa en la libertad de contratación, que a su vez se sustenta en principios éticos y teóricos del derecho⁶⁶.

En la interpretación de los contratos internacionales existen dos enfoques principales, aunque ambos tienden a combinarse en la práctica jurídica:

63 SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: "La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el Derecho comparado", en MÉNDEZ SILVA, R. (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010, pp. 131-134.

64 Ibidem.

65 HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, J.: *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2019, pp. 45-48.

66 ROBLES FARIAS, D.: "La interpretación de los contratos internacionales", *Revista Perspectiva Jurídica UP*, núm. 17, 2021, pp. 86-88.

El texto literal del acuerdo: Se basa en el sentido literal de las palabras del contrato, confiando en que los términos expresados formalmente reflejan la verdadera voluntad de las partes.

La intención real de las partes: Busca la intención subjetiva auténtica de las partes, basándose en la idea de que esta voluntad es la fuente principal de las obligaciones contractuales.

El primer enfoque, que valora la seguridad jurídica, opta por confiar en el sentido literal del contrato sin intentar descifrar la verdadera intención, que se considera incognoscible. Este es el modelo tradicional del *Common Law*, donde prevalece una interpretación objetiva basada en las palabras expresadas. Este enfoque formalista evita que jueces o árbitros modifiquen el contrato basándose en criterios externos, respetando así la voluntad expresada por las partes⁶⁷

El segundo enfoque, más común en los sistemas del *Civil Law*, intenta interpretar el contrato en función de la voluntad real de las partes. Este modelo se fundamenta en principios de justicia y equilibrio contractual, utilizando conceptos como la buena fe para corregir desequilibrios o vacíos en el contrato, incluso si contradice lo expresado formalmente por las partes.⁶⁸

Ambas tendencias presentan paradojas teóricas y prácticas, y aunque pueden parecer opuestas, en la práctica a menudo convergen. Las palabras expresas no siempre son suficientes para interpretar un contrato, y las ambigüedades del lenguaje a menudo requieren elementos contextuales.

La utilidad de las reglas de interpretación es debatida, pues la hermenéutica sugiere que toda comunicación debe interpretarse en su contexto, lo que implica que las reglas potenciales de interpretación son ilimitadas. Algunas legislaciones modernas, como los Códigos Civiles de los Países Bajos y Alemania, regulan someramente la interpretación o se abstienen de hacerlo. No obstante, otras jurisdicciones, como Francia, Italia, y España, contienen disposiciones detalladas sobre la interpretación de contratos⁶⁹.

Lo cierto es, que en la actualidad una tendencia moderna en la interpretación de los contratos internacionales refleja la incorporación de cláusulas detalladas dirigidas a la manera en que debe ser interpretado el contrato, lo cual se puede evidenciar en instrumentos modernos de Derecho internacional como la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa

67 SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A.: "La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el Derecho comparado", *cit.*, pp. 131-134.

68 *Ibidem*.

69 ROBLES FARIAS, D.: "La interpretación de los contratos internacionales", *cit.*, pp. 88-91.

Internacional de Mercaderías (CNUCCIM), los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional y el Marco Común de Referencia (DCFR). Por otra parte, también podemos expresar como tendencia, la convergencia entre los modelos de interpretación del *Common Law* y el *Civil Law*, evidenciándose que el enfoque predominante sugiere un sistema de dos vías: primero se debe buscar la intención común de las partes, y solo cuando esta no pueda determinarse, se recurre al criterio de razonabilidad, es decir, al significado que le daría al contrato una persona razonable en circunstancias similares. Este enfoque fortalece el principio de conservación del contrato, asegurando que, en caso de controversia o imprecisión, el contrato siga surtiendo efectos⁷⁰.

V. PRIVATIZACIÓN NORMATIVA.

Como se ha expuesto, el fenómeno globalizador ha traído consigo una apertura e intensificación del comercio internacional, generador de nuevas relaciones jurídico-negociales de carácter internacional, lo que ha implicado la adecuación del Derecho a estas nuevas tendencias.

Hemos analizado los desafíos que enfrentan comerciantes, abogados y gobiernos respecto a la elección del régimen jurídico aplicable a los contratos internacionales. Esta dificultad surge en gran medida de la falta de capacidad o voluntad de ciertos Estados y de sus normas estatales para regular adecuadamente los fenómenos mercantiles modernos, particularmente las relaciones jurídicas derivadas del comercio internacional.

Como consecuencia de lo expuesto, se ha venido transfigurando la idea clásica de la producción normativa por parte del Estado de manera única y exclusiva, debido principalmente a la complejidad de los participantes en el comercio internacional y sus relaciones jurídicas, lo que ha dejado en evidencia en algunos casos la falta de capacidad de las normativas estatales para regular y resolver la totalidad de relaciones y conflictos que se producen en el entorno del comercio internacional. En este contexto, ha cogiendo fuerza y protagonismo el término “privatización normativa”, el cual hace referencia principalmente a iniciativas y prácticas provenientes de operadores del comercio que interactúan en los mercados internacionales, las organizaciones creadas por ellos, así como los mecanismos arbitrales quienes se han encargado de la creación y configuración de un conjunto normativo, autónomo de los ordenamientos estatales, referido a materias especiales que responden a necesidades prácticas y predilecciones de los interesados en las transacciones mercantiles internacionales⁷¹.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad, Colección Escuela Diplomática*, núm. 7, 2003, pp. 29-31.

Esta normativa internacional se desarrolla básicamente al margen de la intervención de los Estados y de sus correspondientes procesos legislativos y se vincula también a un progresivo desarrollo y uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, especialmente el arbitraje⁷².

Estas técnicas no legislativas o no estatales de producción jurídica se proyectan casi de forma exclusiva sobre la reglamentación de las relaciones privadas internacionales en la órbita de las transacciones comerciales (internacionales) y muy especialmente en el ámbito de la contratación mercantil, en las cuestiones en las que los diferentes ordenamientos nacionales atribuyen a sus normas carácter dispositivo de manera que esta privatización no menoscaba la aplicación imperativa de las normas estatales que por su carácter han de ser aplicadas necesariamente⁷³.

Ante estas realidades ha tomado nuevamente auge la *Lex Mercatoria*, como normas creadas por los comerciantes con el objetivo de complementar la aplicación de normas estatales. En este mismo plano surge otra realidad normativa en el plano internacional, denominada *Soft Law*, que se integra a la búsqueda de soluciones a estas problemáticas, lo que ha permitido la puesta en escena de nuevos sujetos distintos de los Estados, tales como organizaciones internacionales, comunidades supranacionales o regionales, entre otros.

Ambas realidades, tanto la *Lex Mercatoria* como el *Soft Law*, gozan de gran preferencia entre los comerciantes por la libertad y flexibilidad que otorgan a los sujetos al brindarles la oportunidad de elección de unas normas distintas a las legislaciones nacionales⁷⁴. Por tal razón, a continuación, estudiaremos de manera pormenorizada estos términos: *Lex Mercatoria* y *Soft Law*, desarrollando su concepto y naturaleza, principales características, así como sus manifestaciones actuales.

1. La *Lex Mercatoria*.

A) Concepto.

Históricamente la denominación *Lex Mercatoria* o *ius mercatorum* ha sido utilizada para designar al Derecho espontáneo del comercio internacional⁷⁵, entendido como un conjunto normativo, de carácter transnacional, autónomo de

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*.

74 CALDERÓN MARENCO, E.: "Los Incoterms como instrumento de Derecho suave (Soft Law)", *REVIST@ e – Mercatoria*, vol. 17, núm. 1, 2018, pp. 47-50.

75 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, núm. 5, 2000, pp. 174-175.

los ordenamientos jurídicos estatales y conocido como la norma apropiada para la regulación de las relaciones económicas de carácter internacional⁷⁶.

La expresión *Lex Mercatoria* proviene del latín y ha sido usada para evocar el *ius gentium* y las leyes del mar de rodas en el contexto de la antigüedad, así como, el *droitdes foires* en Francia, el *ius mercatorum* en Italia, y el *consolato del mare* en España, todos en el ámbito de la época de la edad media⁷⁷.

En el Derecho anglosajón se hace referencia a la terminología *Lex Mercatoria* o *the law merchant* para designar el sistema de reglas, costumbres y usos generalmente reconocidos y adoptados por los mercaderes y comerciantes para regular sus transacciones y resolver sus controversias, elevados a rango de “sistemas” o bien a un ordenamiento jurídico diferente al Derecho nacional, bautizado como sistema transnacional o a-nacional⁷⁸.

M. BERTHOLD GOLDMAN, quien es uno de los principales estudiosos de la materia, define la *Lex Mercatoria* como el “conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias espontáneamente elaboradas sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional, reglas provenientes de diversas fuentes que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”⁷⁹.

Otros estudiosos manifiestan que la *Lex Mercatoria*; es una expresión indeterminada, entendida como “una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio iuris* de su vinculación jurídica”⁸⁰.

La Cámara de Comercio internacional (CCI) y su jurisprudencia arbitral, ha entendido a la *Lex Mercatoria* como “(...) las reglas de Derecho y usos del comercio internacional que han sido elaborados gradualmente por diferentes fuentes, como los propios operadores del comercio internacional, sus asociaciones, las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y algunas instituciones como UNIDROIT y sus Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”⁸¹. De las aproximaciones expuestas, podemos evidenciar que la

76 FRANCO LEGUIZAMO, C. A.: “De la *Lex Mercatoria* a la *Lex construccionis*”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, núm. 1, 2007, pp. 2-3.

77 *Ibidem*.

78 CÍJULENLINEA, *Lex Mercatoria*, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/?submit=Buscar&s=lex+mercatoria>.

79 BERTHOLD GOLDMAN, M.: “La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, núm. 2, 1980, pp. 221-270.

80 CASTELLANOS RUIZ, E.: “*Lex Mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales”, en OVIEDO ALBÁN, J. y CALVO CARAVACA, A. L. (dirs.): *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Tomo 2, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 59.

81 Traducción del autor. En el texto original: “[...] the rules of law and usages of international trade which have been gradually elaborated by the different sources such as the operators of international trade themselves, their

definición de la *Lex Mercatoria* no es, ni ha sido, un tema apacible en la doctrina y la jurisprudencia, esencialmente debido a que la concreción de una definición conduce a múltiples problemas, principalmente referentes al hecho que no se trata de una noción unívoca, más bien es un conglomerado dentro del cual se agrupan muchos elementos diferenciadores entre sí y con dos características comunes: su a-nacionalidad y la ausencia de fuerza vinculante *ex proprio vigore*, deviniendo a que su fuerza vinculante provenga exclusivamente de las partes, quienes en ejercicio de su autonomía de la voluntad la incorporen al contrato⁸².

A continuación, se expondrán los elementos o características principales de la *Lex Mercatoria*, es decir su origen privado, su autonomía o a-nacionalidad y que cuenta con mecanismos de coacción propios.

B) Elementos o características.

El primer elemento a desarrollar es el origen privado de la *Lex Mercatoria*. Ha sido por siglos un cuerpo de normas basada en principios comunes de una sociedad internacional compuesta por comerciantes, de los más diversos sectores económicos (empresas transnacionales, navieras, aseguradoras, empresas bancarias, etc.)⁸³, provenientes de distintos Estados y diversas familias jurídicas: la llamada *societas mercatorum* o *business community*.

La *Lex Mercatoria* se clasifica dentro de las fuentes de producción jurídica de carácter privado y transnacional, puesto que en su elaboración no intervienen, órganos del Estado, llámese rama ejecutiva, legislativa o judicial, sino que son normas creadas por los comerciantes mismos, basándose en la autonomía de la voluntad⁸⁴.

Los usos y la costumbre, los contratos tipo y los formularios estandarizados, y los principios generales del Derecho, constituyen las típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma como se verá más adelante, pudiéndose evidenciar entonces que el origen de la denominada *Lex Mercatoria* no se encuentran en ninguna fuente estatal, sino en la acción normativa de los

associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like UNIDROIT and its recently published Principles of International Commercial Contracts". Laudo arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI n.º 9875/1999, disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=675>.

82 MADRID MARTÍNEZ, C.: "Notas sobre la *Lex Mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos", en MORENO RODRÍGUEZ, J. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (coords.): *Derecho internacional privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, CEDEF, Asunción, 2013, pp. 333-339.

83 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 55-57.

84 *Ibidem*.

particulares apoyada en la labor de las instituciones internacionales de profesionales creadas por ellos mismos⁸⁵.

Un segundo elemento será la autonomía, que hace referencia al carácter a-nacional de la *Lex Mercatoria* es decir, una normativa completamente desvinculada de cualquier ordenamiento jurídico, por lo cual no requiere reconocimiento o aprobación estatal⁸⁶, sino que tiene su soporte en diversas fuentes privadas, a saber:

Los formularios estandarizados y contratos tipo⁸⁷: A nivel internacional, la gran mayoría de instituciones que representan y agremian los intereses de los comerciantes de sectores específicos se han tomado la tarea de recopilar usos y prácticas reconocidas plenamente y de materializarlas por medio de modelos contractuales, los cuales se han convertido en un determinante de los modos de comportamiento de comerciantes que no pertenecen al sector o al mercado, por lo cual acuden a estos modelos contractuales que reflejan estándares y buenas costumbres en las materias sujetas a su regulación⁸⁸. A pesar de que los contratos tipo son eminentemente facultativos, por el grado de especialidad que alcanzan constituyen un verdadero Derecho plasmado en formularios o modelos, conteniendo precisas reglas materiales además de normas sobre su interpretación. El ejemplo más concreto y popular de estos formatos son los famosos *International Commercial Terms* mejores conocidos por su sigloide como INCOTERMS, normas de CCI, que establecen derechos y obligaciones usados comúnmente en las compraventas internacionales de mercaderías y su responsabilidad⁸⁹. Hoy en día constituyen el instrumento básico para la unificación de facto de la *Lex Mercatoria*⁹⁰.

La costumbre y los usos del comercio internacional: El carácter consuetudinario constituye la principal fuente y esencia de la *Lex Mercatoria*, donde los comerciantes con su práctica diaria crean verdaderas normas de Derecho⁹¹. La costumbre y los usos hacen referencia a la repetición de manera constante y uniforme de actos idénticos por medio del consentimiento tácito de los comerciantes que les otorgan fuerza o valor como norma a seguir en la práctica de dichos actos.

85 *Ibidem*. LÓPEZ RUIZ, F.: "Notas sobre la nueva Lex Mercatoria", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, núm. 1, 2007, pp. 1-4.

86 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la Lex Mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 56-58.

87 Los formularios estandarizados y contratos tipo, pueden constituir parte del contrato o por el contrario constituir LA INTEGRIDAD DE ÉSTE.

88 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la Lex Mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 56-58.

89 CASTRO GIOVANNI, R. M.: "Lex Mercatoria", *Revista Electrónica de Derecho Comercial*, Compilación Especial, 2008, pp. 1-4.

90 *Ídem*, p. 82.

91 CIIJULENLINEA: *Lex Mercatoria*, cit.

La conducta establecida por los usos y costumbres es generalmente respetada como ley y es conservada sin necesidad de estar escrita⁹². Es así que para que un uso o costumbre pueda ser considerado como fuente de la *Lex Mercatoria*, es necesario que cuente con dos elementos: el primero denominado “elemento material”, el cual consiste en la repetición de ciertos actos de forma generalizada, y el denominado “elemento psicológico” constante en la obligatoriedad de los observadores de la costumbre, denominado también *opino iuris necessitatis*⁹³.

Los contratos auto-normativos: Son creados bajo la autonomía de la voluntad y la libertad contractual reconocida normalmente en todos los ordenamientos jurídicos y que goza de especial posición en las relaciones privadas jurídico-negociales de carácter internacional.

Contratos atípicos: sus creadores principales son las *law firms* o los consultores de las asociaciones internacionales de las más diversas actividades empresariales. Los contratos atípicos se caracterizan porque su contenido no tiene regulación jurídica específica aplicable a su celebración y ejecución. Este tipo de contratos surgen para dar respuesta a las exigencias de los mercados internacionales, y por la necesidad de los participantes en el comercio internacional de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de los contratantes⁹⁴.

Los principios generales del Derecho; es tal vez, la fuente más mencionada y a la vez la fuente donde existe más confusión entre los estudiosos de la *Lex Mercatoria*. Para algunos, son procedimientos de heterointegración, considerándolos universalmente reconocidos al punto de llegar a ser independientes de cualquier sistema u ordenamiento jurídico y de las convenciones internacionales⁹⁵. No obstante, muchos de ellos cuentan con sus homólogos en el Derecho interno o en el Derecho Internacional. Por ejemplo, el *pacta sunt servanda*, la buena fe, la *culpa in contrahendo*, la excepción de contrato no cumplido, entre muchos otros⁹⁶. Para otros, los principios se identifican con una serie de reglas y usos comerciales codificados por organismos o agencias especializadas, como es el caso de los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, La Convención Interamericana Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, entre otros. Estos principios codificados constituyen uno de los logros más importantes de la *societas mercatorum* en el último siglo, ya que

92 CASTRO GIOVANNI, R. M.: “*Lex Mercatoria*”, cit., pp. 1-2.

93 CIIJULENLINEA: *Lex Mercatoria*, cit.

94 CAICEDO LOZADA, M. y MURILLO GRANADOS, A.: “Algunos contratos mercantiles internacionales como instrumentos para el lavado de activos”, en H. A., HERNÁNDEZ QUINTERO. (coord.): *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ediciones Unibagué, Ibagué, 2020, p. 140.

95 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, cit., pp. 77-79.

96 CIIJULENLINEA, *Lex Mercatoria*, cit.

permiten un mayor grado de certeza jurídica para los participantes en el comercio internacional⁹⁷.

La jurisprudencia arbitral: La jurisprudencia constituye una fuente muy importante de la *Lex Mercatoria*, al punto de afirmarse que es a través del arbitraje que los comerciantes van creando su propio sistema regulatorio, siendo la principal vía de su desarrollo; y es que, como se ha estudiado, el arbitraje se ha convertido en una tendencia en la contratación internacional y una alternativa válida al mecánico funcionamiento de la jurisdicción estatal que frecuentemente impone la aplicación de la misma norma jurídica abstracta y rígida a supuestos que requieren un tratamiento diferente⁹⁸.

A partir de la práctica arbitral, la doctrina ha identificado y recogido ciertos principios que forman parte de la *Lex Mercatoria*, así mismo han determinado un cuerpo de Derecho casuístico (*stare decisis arbitral*) con la formación de una regla del precedente cuasi vinculante⁹⁹.

El último elemento de la *Lex Mercatoria*, lo constituyen los mecanismos de coacción propios con los que cuenta, y es que desde sus inicios en la edad Media, los comerciantes contaban con tribunales propios, desvinculados a los Estados para dirimir sus conflictos. En la actualidad, estos tribunales se encuentran en el ya estudiado arbitraje internacional, que constituye el foro utilizado de manera generalizada por los comerciantes en sus relaciones de carácter internacional, al ser un mecanismo especializado para resolver disputas surgidas a partir de sus especiales relaciones.

2. El *Soft Law*.

En íntima relación con la *Lex Mercatoria*, surge otra realidad normativa en el plano internacional como respuesta a la búsqueda de soluciones a las necesidades surgidas de las nuevas relaciones jurídico-negóciales de carácter internacional y su creciente complejidad, nos referimos al denominado *Soft Law*, el cual también alienta el cambio a la idea clásica de la producción normativa únicamente por parte de los Estados y se integra a la búsqueda de normatividades adecuadas para los comerciantes, lo que ha permitido la puesta en escena de nuevos sujetos distintos de los Estados, tales como organizaciones internacionales, comunidades supranacionales o regionales, entre otros, las que han configurado una serie de

97 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 77-79.

98 MADRID MARTÍNEZ, C.: "Notas sobre la *Lex Mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos", cit., pp. 333-339.

99 CIJULENLINIA: *Lex Mercatoria*, cit.

instrumentos que se caracterizan por carecer de efectos vinculantes, es decir no son obligatorios, denominados instrumentos de *Soft Law* o Derecho suave.

Los instrumentos de *Soft Law*, al igual que la *Lex Mercatoria*, gozan de gran preferencia entre los comerciantes, por la libertad y flexibilidad que otorgan a los sujetos al brindarles la oportunidad de elección de un Derecho distinto a las legislaciones nacionales. Constituyendo hoy en día, tendencia en materia de contratación internacional. En este contexto, a continuación, procederemos a desarrollar el concepto y las características de la denominada *Soft Law*.

A) Concepto y características.

El termino *Soft Law* o *Weak Law* o como se la ha denominado en español, Derecho suave, blando o flexible¹⁰⁰, fue acuñado por LORD ARNOLD MCNAIR de la escuela británica de leyes y el primer presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, quien lo uso en principio para distinguir entre *lege ferenda* y *lege data*¹⁰¹.

LORD MCNAIR usó el término *Soft Law* para cobijar declaraciones normativas definidas como principios operativos abstractos a través de la interpretación judicial. Su creador acuñó este término al considerar que el *soft* era la gran abstracción que caracterizaba algunos principios legales cuya aplicación directa en el arreglo de una situación dada era bastante difícil¹⁰².

Con el transcurso del tiempo, otros autores adoptaron la expresión *Soft Law* para referirse a determinados fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica o efectos prácticos¹⁰³.

Algunos doctrinantes han tendido a caracterizar y definir el *Soft Law* usando la técnica de contraposición¹⁰⁴; manifestando la oposición del *Soft Law* al Derecho clásico o "Derecho duro" también denominado *Hard Law* o simplemente *law*, referido en esencia a las normas dispositivas del Derecho Internacional, las cuales dan lugar al nacimiento de derechos y obligaciones exigibles a las partes involucradas

100 DEL TORO HUERTA, M. I.: "El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2020, pp. 1-4.

101 Ibídem; CALDERÓN MARENCO, E.: "Los Incoterms como instrumento de Derecho suave (*Soft Law*)", cit., pp. 50-51; CORTÉS CABRERA, B. A.: "El *Soft Law* y su aplicación en el derecho comercial Internacional", *Revista Tribuna Internacional*, vol. 3, núm. 6, 2014, p. 58.

102 CORTÉS CABRERA, B. A.: "El *Soft Law* y su aplicación en el derecho comercial Internacional", cit., pp. 1-4.

103 DEL TORO HUERTA, M. I.: "El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", cit., pp. 1-4.

104 ÁNGELES GALIANA, S.: "La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, p. 304; DEL TORO HUERTA, M. I.: "El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", cit., p. 9.

en la misma, de acuerdo al alcance de sus términos y cuya obligatoriedad y rigidez no se encuentra discutida¹⁰⁵.

Es así, que hoy en día se utiliza la denominación *Soft Law* para referirse a “todos aquellos actos que carecen de eficacia normativa y que son dictados por organismos internacionales ya tengan este poder normativo o carezcan de él, con diversa denominación¹⁰⁶, como recomendaciones, resoluciones, guías, códigos o estándares de conducta”¹⁰⁷. En resumen, el *Soft Law* alude a reglas de conducta no vinculantes jurídicamente, pero que, de acuerdo con la intención de sus autores están dirigidas y tienen como efecto que la conducta de los Estados, las organizaciones internacionales y los individuos sea influida por esas reglas, sin contener, sin embargo, derechos y obligaciones jurídicas vinculantes¹⁰⁸.

A partir de lo expuesto, podemos estructurar la naturaleza jurídica del *Soft Law* y sus características relevantes. Y es que, el *Soft Law* es una evidencia de la adaptación del Derecho a un nuevo contexto global, en donde como ya se ha visto, cobra fortaleza sobre todo en materia de contratación internacional (si bien el *Soft Law* no está pensado únicamente para esta materia), la autonomía de la voluntad privada, por lo que permite a las partes transformar sus realidades contractuales, pudiendo acudir voluntariamente a instrumentos de *Soft Law*¹⁰⁹.

Expuesto lo anterior, se concreta que la naturaleza de los instrumentos de *Soft Law* es meramente dispositiva y así lo denota su principal característica, la falta de coercitividad, siendo estos instrumentos flexibles y no obligatorios para los particulares y los Estados, a menos que cobre efectos vinculantes mediante la autonomía de la voluntad en las contrataciones internacionales, o bien, sean fuente del Derecho para las legislaciones nacionales en donde el poder legislativo del Estado determinado los incorpore materialmente en su ordenamiento jurídico interno¹¹⁰.

105 MATÍAS FELER, A.: “*Soft Law* como herramienta de adecuación del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, 2015, p. 285.

106 El *Soft Law* envuelve una amplia gama de documentos internacionales como: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor; declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o non-self-executing; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o gentlemen’s agreement, códigos de conducta, directrices, estándares, etc. DEL TORO HUERTA, M. I.: “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, cit., p. 12.

107 GALIANA SAURA, A.: “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, pp. 304-305.

108 *Ibidem*.

109 DEL TORO HUERTA, M. I.: “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, cit., pp. 5-7.

110 *Ibidem*.

De todo lo expuesto, podemos concluir que el *Soft Law* constituye una fuente alternativa al Derecho estatal, caracterizada por su falta de coercitividad, por todos los actos e instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio en sentido formal, aunque en virtud de la autonomía de la voluntad privada se vuelve vinculante y obligatoria para las partes, que acuden a estos instrumentos convirtiéndolos en una herramienta eficaz e interesante para los participantes del comercio internacional.

VI. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo se ha explorado cómo las tendencias emergentes en la regulación de los contratos internacionales están transformando la manera en que las empresas y las naciones abordan sus relaciones comerciales en un entorno globalizado. Estas tendencias responden a la necesidad de superar los desafíos que surgen de las transacciones transfronterizas y de proporcionar marcos normativos que ofrezcan seguridad jurídica, flexibilidad y previsibilidad a las partes contratantes.

En primer lugar, se destaca la desnacionalización del Derecho, que representa una clara tendencia hacia la creación de un marco legal transnacional, menos dependiente de los sistemas legales nacionales. Este proceso refleja el rechazo a las técnicas tradicionales de conflicto de leyes, que han demostrado ser insuficientes para abordar la complejidad de los contratos internacionales. La búsqueda de normas más globales y aplicables universalmente ha permitido una mayor uniformidad en las relaciones contractuales internacionales, promoviendo la estabilidad y la coherencia en las transacciones comerciales.

En segundo lugar, la propensión al arbitraje ha sido una de las tendencias más significativas en la regulación de los contratos internacionales. El arbitraje ha ganado terreno como mecanismo preferido de resolución de disputas debido a su flexibilidad, neutralidad y eficacia. A través del arbitraje, las partes pueden elegir el foro, el idioma y las reglas aplicables, evitando la incertidumbre que conlleva someterse a los tribunales nacionales, que pueden estar influenciados por factores locales. Además, el arbitraje ofrece rapidez y confidencialidad, factores clave en el comercio internacional.

Otro aspecto fundamental es el creciente fortalecimiento de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. Este principio no solo permite a los actores del comercio global seleccionar el Derecho aplicable a sus relaciones, sino también diseñar acuerdos que se ajusten a sus necesidades específicas, facilitando así la adaptabilidad y la flexibilidad en un entorno comercial dinámico y cambiante. Esta tendencia también se ve reflejada en la interpretación de los contratos internacionales, donde se prioriza la intención de las partes sobre las formalidades legales, contribuyendo a una mayor seguridad jurídica en las transacciones globales.

Por último, la privatización normativa, expresada a través de la *Lex Mercatoria* y el *Soft Law*, ha cobrado relevancia como una respuesta a las limitaciones de los sistemas legales estatales. La *Lex Mercatoria* se ha desarrollado como un cuerpo de normas transnacionales que regula las relaciones comerciales internacionales, ofreciendo un marco legal flexible y adaptado a las necesidades del comercio global. Asimismo, el *Soft Law*, compuesto por normas no vinculantes, ha permitido a las partes adoptar reglas que se ajustan mejor a las particularidades de sus transacciones, sin verse obligadas a seguir las leyes nacionales.

En conclusión, las tendencias emergentes en la regulación de los contratos internacionales están moldeando un marco normativo más flexible, eficiente y adaptado a las necesidades del comercio global. La desnacionalización del Derecho, la propensión al arbitraje, la autonomía de la voluntad y la privatización normativa son elementos clave que reflejan una evolución hacia un sistema más globalizado y menos dependiente de los sistemas legales nacionales. Estas tendencias no solo proporcionan mayor seguridad jurídica y previsibilidad, sino que también permiten una mayor adaptabilidad y flexibilidad, factores esenciales en el entorno comercial internacional contemporáneo. A medida que el comercio internacional continúa expandiéndose, es probable que estas tendencias sigan desempeñando un papel central en la configuración del marco legal de los contratos internacionales, facilitando el desarrollo de relaciones comerciales más fluidas y eficientes a nivel global.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, J.: "El Derecho de los contratos internacionales", en MÉNDEZ SILVA, R. (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010.

Aguilar Domínguez, A.: "La delgada línea entre el *forum shopping* y el fraude a la ley", *Revista de Derecho Privado*, núm. 13, 2018, p. 77.

ANCEL, J. P.: "El Rol del Juez en el Derecho Francés de Arbitraje", en M. MCLEAN. Y J. MORENO-VALLE. (edts.): *Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos*, OEA, Washington, D. C., 2006.

ÁNGELES GALIANA, S.: "La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016.

BERTHOLD GOLDMAN, M.: "La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Travaux du Comité français de droit international privé*, núm. 2, 1980.

CAICEDO LOZADA, M. y MURILLO GRANADOS, A.: "Algunos contratos mercantiles internacionales como instrumentos para el lavado de activos", en HERNÁNDEZ QUINTERO, H. A. (coord.): *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ediciones Unibagué, Ibagué, 2020.

CALDERÓN MARENCO, E.: "Los *Incoterms* como instrumento de Derecho suave (*Soft Law*)", *REVISTA@e – Mercatoria*, vol. 17, núm. 1, 2018.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:

- "Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 18, 2000.
- "Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 22, 2004.

CASTELLANOS HOWELL, A. R.: "Los árbitros y el *Ius Imperium* ¿Compatibles o Incompatibles?", *Revista Auctoritas Prudentium*, núm. 2, 2009.

CASTELLANOS RUIZ, E.: "Lex Mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales", en OVIEDO ALBÁN, J. y CALVO CARAVACA, A. L. (dirs.): *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Tomo 2, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006.

CASTRO GIOVANNI, R. M.: "Lex Mercatoria", *Revista Electrónica de Derecho Comercial*, Compilación Especial, 2008.

CIJULENLINEA: *Lex Mercatoria*.

COULON BAUER, S.: "La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio", en ODRIÓZOLA MARISCAL, C. E. (dir.): *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F., 2015.

CORTÉS CABRERA, B. A.: "El Soft Law y su aplicación en el derecho comercial Internacional", *Revista Tribuna Internacional*, vol. 3, núm. 6, 2014.

CRUZ MIRAMONTES, R.: "El arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre los contratos internacionales", en *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana, México D.F., 1ª ed., 1998.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.:

- "Algunas tendencias jurídicas de la globalización", *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Colección Escuela Diplomática, núm. 7, 2003.
- "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, núm. 4, 1998.
- "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001.

DEL TORO HUERTA, M. I.: "El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2020.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, núm. 5, 2000.

FRANCO LEGUÍZAMO, C. A.: "De la Lex Mercatoria a la Lex constructionis", *Revis@e-Mercatoria*, vol. 6, núm. 1, 2007.

GALIANA SAURA, A.: "La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016.

GALLINO, J.: "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", *Anuario De Derecho Civil*, núm. 4, 2012.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Editorial Reus, Madrid, 1ª ed., 2009.

HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, J.: *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2019.

HERRERA BONILLA, K. M.: "Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional", *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, núm. 6, 2017.

LACAYO ARANA, M. A.: "El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos con condiciones generales en el ordenamiento colombiano", *Catálogo Editorial Politécnico Grancolombiano*, núm. 1, 2021.

MADRID MARTÍNEZ, C.: "Notas sobre la *Lex Mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos", en MORENO RODRÍGUEZ, J. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (coords.): *Derecho internacional privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, CEDEP, Asunción, 2013.

MATÍAS FELER, A.: "Soft Law como herramienta de adecuación del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas", *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, 2015.

MEREMINSKAYA, E.: "La desnacionalización del Derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en MARTINIC GALETOVIC, M. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (dir.): *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello*, Tomo I, LexisNexis, Santiago, 1ª ed., 2005.

OVIEDO ALBÁN, J.:

- "Autonomía de la Voluntad en los contratos internacionales".
- "La ley aplicable a los contratos internacionales".
- "Las reglas de conflicto y la armonización del Derecho de los contratos internacionales", *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 39, 2013.

PICAND, E.: *Arbitraje comercial internacional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

QUIÑONES GÓMEZ, C. E.: "Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: Un motivo de tensión en el arbitraje nacional", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Edición especial, 2012.

RETAMAL VALENZUELA, J. R.: "El *ius imperium* de los tribunales ambientales en Chile", *Revista Derecho del Estado*, núm. 44, 2019.

ROBLES FARIAS, D.: "La interpretación de los contratos internacionales", *Revista Perspectiva Jurídica UP*, núm. 17, 2021.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.: "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", *Revis@e-Mercatoria*, vol. 11, núm. 2, 2012.

RODRÍGUEZ, M. S.: "El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur", *Revista Científica de UCES*, vol. XV, núm. 1, 2011.

SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: "La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el Derecho comparado", en MÉNDEZ SILVA, R. (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010.

SANTOS BELANDRO, R.: "La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión", *Revista de la facultad de Derecho*, núm. 32, 2012.

SIQUEIROS, J. L.: "La contratación internacional posible armonización de su regulación jurídica", *Boletín*.



CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO



**PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:
LOS PODERES PREVENTIVOS EN ESPAÑA Y LOS AJUSTES
RAZONABLES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO***

***IPROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES: PREVENTIVE
POWERS IN SPAIN AND REASONABLE ADJUSTMENTS IN THE
MEXICAN LEGAL SYSTEM***

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 568-593

* 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.

Gisela M^a
PÉREZ y
Cristina DE
AMUNÁTEGUI

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El trabajo que a continuación exponemos al público es una muestra de amistad académica y un resultado más del Proyecto de Investigación “Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España así como el Grupo de Investigación de la Universidad de Valencia, “Persona y Familia dirigidos ambos por el Dr. José Ramón De Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. El trabajo se concreta en experiencias de las catedráticas en relación con los apoyos de las personas con discapacidad, específicamente en el caso de los poderes preventivos a partir de la realidad jurídica española y la experiencia latinoamericana en el caso de México, en el desarrollo evolutivo de los ajustes razonables a través de la protección de la discapacidad social in situ, a través de análisis reales de casos en los que ha sido necesario establecer primero el deslinde de incapacitación con respecto a la discapacidad y posteriormente las diferencias jurídicas entre accesibilidad, ajustes de procedimiento y ajustes razonables, los cuales la Suprema Corte de Justicia en México ha tenido que ir dibujando en sus resoluciones judiciales.

PALABRAS CLAVE: Poderes preventivos; discapacidad; medidas de apoyo; ajustes razonables; accesibilidad; ajustes de procedimiento.

ABSTRACT: The work that we present below to the public is a sample of academic friendship and a further result of the Research Project “Social Impact of Civil Protection of Persons with Disabilities” funded by the Ministry of Science, Innovation and Universities of the Government of Spain as well as the Research Group of the University of Valencia, “Person and Family” both directed by Dr. José Ramón De Verda y Beamonte, Professor of Civil Law at the University of Valencia. The work is specified in the experiences of the professors in relation to the protection of persons with disabilities, specifically in the case of preventive powers based on the Spanish legal reality and the Latin American experience in the case of Mexico, in the evolutionary development of reasonable adjustments through the protection of social disability in situ, through real analysis of cases in which it has been necessary to first establish the demarcation of incapacitation with respect to disability and subsequently the legal differences between accessibility, procedural adjustments and reasonable adjustments, which the Supreme Court of Justice in Mexico has had to go drawing on their judicial decisions.

KEY WORDS: Preventive powers; disability; support measures; reasonable accommodations; accessibility; procedural adjustments.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS PODERES PREVENTIVOS EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Estado de la cuestión.- 2. Metodología.- 3. Resultados: estudio de caso STS 5267/2024.- A) *Hechos.*- B) *Valoración de las pruebas y consideraciones del Tribunal.*- III. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO EN EL CASO DE MÉXICO.- 1. Estado de la cuestión en México.- 2. Principios de accesibilidad y ajustes razonables: puntos de coincidencia y diferencias.- A) *Norma Oficial Mexicana NOM-034-STPS-2016, Condiciones de seguridad para el acceso y desarrollo de actividades de trabajadores con discapacidad en los centros de trabajo.*- 3. Diferencia entre ajustes razonables y ajustes de procedimiento. Estudio de caso: amparo directo en revisión 1533/2020.- A) *Hechos.*- B) *Metodología.*- C) *Resultados.*- D) *Análisis crítico de la sentencia que resuelve el Amparo Directo en Revisión 1533/2020.*- 4. Estudio de caso: amparo en revisión 162/2021.- A) *Hechos.*- B) *Conclusiones jurídicas de la Corte.*- 5. Estudio de caso: amparo directo 173/2019 ¿Las personas con dictámenes médicos documentales y opiniones de especialistas que declaran cierto grado de Alzheimer pueden realizar testamento?- A) *Hechos.*- B) *Conclusiones jurídicas.*- 6. Distinción entre ajustes razonables y medidas de accesibilidad. Estudio de caso: amparo en revisión 686/2022.- A) *Hechos.*- B) *Conclusiones jurídicas.*- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En España la Ley 8/2021, de 2 de junio que entró en vigor el 3 de septiembre ha supuesto una transformación radical en cuanto al tratamiento de las medidas de apoyo para las personas con discapacidad, con el fin de adecuar el ordenamiento a las premisas y principios de la Convención de Nueva York de 2006. Previamente a la publicación de la norma el Tribunal Supremo se había ido ocupando de resolver supuestos concretos mediante una interpretación cercana a la Convención, que posibilitara una mayor participación de las personas con discapacidad en la llevanza de sus incumbencias. Sin duda, la aplicación de la compleja e innovadora ley no resulta sencilla, siendo indispensable tanto la labor de estudio que brinda la doctrina, como la función hermenéutica que viene realizando el Supremo, que ha ido dictando sentencias en las que se va precisando el contenido de las medidas de apoyo, con una especialísima intención de que, en cada caso, en cada supuesto, se proporcione el apoyo más adecuado a las circunstancias personales del sujeto.

De aquí deriva la importancia del estudio de derecho comparado a través de la presentación del estado de la cuestión en España, el análisis crítico de la doctrina y el estudio de casos a partir de las experiencias de España y de un país

• Gisela María Pérez Fuentes

Profesora investigadora de tiempo completo titular C en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde es líder del Cuerpo Académico Consolidado "Estudios de Derecho Civil". Investigadora Nacional Emérita del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias desde 2014. Correo electrónico giselapef@hotmail.com.

• Cristina de Amunátegui Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

latinoamericano con una visión algo diferente en el tránsito de la interdicción a la discapacidad, este es el principal mérito y objetivo del trabajo que se expone a continuación con visiones diferentes.

El supuesto elegido en el caso del ordenamiento español responde al interés que presenta el último pronunciamiento de pleno que ha dictado el Tribunal Supremo, en este caso sobre la adecuada interpretación de la función de los poderes preventivos; sentencia que ha seguido a otras en las que se han precisado cuestiones sobre la curatela, la guarda de hecho, la compatibilidad de las medidas y el entendimiento de las complejas disposiciones transitorias de la Ley.

La hipótesis de nuestro artículo se sostiene en que la capacidad jurídica plena de las personas mayores de edad con discapacidad es un atributo inherente a su condición humana y un derecho fundamental reconocido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el art. 12, que no depende del estado de salud ni del control que se tenga sobre este pues la capacidad jurídica y la capacidad mental no son conceptos asimilables, por ello en el derecho comparado propio del sistema jurídico mexicano se parte no sólo de la Constitución sino que se desarrolla la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, de carácter federal y estatal mediante el análisis de estudio de casos como metodología que ha desarrollado el Poder Judicial de la Federación estableciendo en primer lugar, la superación de incapacitación por discapacidad del modelo social.

En el análisis de la jurisprudencia mexicana se trabajará en dos posiciones principalmente: la primera, la comprobación de la hipótesis a partir de que la interdicción se basa únicamente en la limitante funcional que tenga una persona derivada de su condición de salud para negarle su capacidad jurídica plena vinculado con todo lo que ella conlleva, sin considerar el nuevo modelo social y de derechos humanos acogido en la Convención; en cuanto a la segunda parte, la distinción entre ajustes razonables y ajustes de procedimiento así como en el contenido de la accesibilidad tanto de forma doctrinal como a través de precisiones para determinadas discapacidades, por ejemplo la discapacidad visual. Para lo anterior se tomará en cuenta las metodologías y protocolos establecidos por el Poder Judicial para juzgar con perspectiva de discapacidad, que a pesar de no tener carácter obligatorio ha resultado útil para los propios operadores judiciales en este cambio paradigmático, con un contenido doctrinal evolutivo a favor de la protección de los derechos humanos y como manifestación de la Constitucionalización del Derecho Civil.

II. LOS PODERES PREVENTIVOS COMO MEDIDA VOLUNTARIA DE APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Estado de la cuestión.

Un poder preventivo es una disposición que adopta una persona con el fin de que sus intereses, personales y patrimoniales, sean atendidos por un apoderado cuando el poderdante no pueda actuar por sí mismo. Pueden ser poderes normales que se prorrogan al llegar ese momento, o bien poderes en los que la legitimación del representante comience, precisamente, cuando la persona no tenga ya condiciones para poder continuar con la gestión de sus intereses.

Es sabido que los poderes preventivos o mandatos de protección se caracterizan por ser el reflejo de varios principios que inspiran la Convención y la Ley 8/2021, entre los que destacan especialmente el de autonomía de las personas para decidir sobre su propia protección; el de respeto a su voluntad, tratándose de medidas que exigen ser respetadas por todos, incluyendo los tribunales; y el principio de subsidiariedad, en el sentido de que si tales medidas voluntarias están funcionando adecuadamente no se precisa de una medida judicial. En tal sentido se pronuncian los arts. 250 y 255, así como el desarrollo de los poderes en los arts. 256 a 262, todos del Código civil español.

Los poderes ya existían antes de la Ley 8/2021, pues habían sido reconocidos en la reforma obrada en el Código civil por la ley 41/2003, con una regulación insuficiente e incompleta que, además los integraba dentro del contrato de mandato, concretamente en las causas de extinción del mismo.

La Ley 8/2021, les confiere un tratamiento más detallado que resalta su compatibilidad con otras medidas, sin que sea posible extinguirlos sin más si van funcionando adecuadamente, disponiendo la exigencia de que se otorguen en escritura pública, y la necesidad de que se dispongan medidas de control para la actividad del apoderado, que cumplan con las exigencias de ser salvaguardas adecuadas que, además, se dirijan a la necesidad de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Sin duda, existe un gran riesgo en su utilización, pudiendo en tal caso ser revocados por el juez, pero tal posibilidad solo debe aplicarse en el hipotético supuesto de que no funcionen adecuadamente. En otro caso, como sucedía antes, se estarían vulnerando los principios mencionados.

2. Metodología.

Como se ha adelantado, para poder comprender su verdadero significado se ha optado por acudir a la doctrina del caso, centrándonos en el análisis de una

Sentencia del Tribunal Supremo español, pronunciamiento de pleno, que pretende sentar doctrina sobre el adecuado funcionamiento de esta institución.

Se trata de una resolución impecable, en la que el Tribunal demuestra que conoce la esencia de la medida de apoyo y que, además, resalta cuestiones paralelas de gran interés, como son la práctica de pruebas, especialmente la entrevista con la persona con discapacidad, con el fin de destacar sobremanera la importancia que reviste el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del poderdante¹.

3. Resultados: estudio de caso STS 5267/2024.

Mediante sentencia dictada el 4 de noviembre de 2024, la Sala Civil del Tribunal Supremo resolvió el recurso que fue promovido dentro del expediente STS 5267/2024².

A) Hechos.

Se interpuso por parte de uno de los hijos demanda de juicio verbal contra su madre en la que solicitaba se declarara el estado de incapacidad total para regir su persona y bienes por padecer ésta de Alzheimer, que se determine el sometimiento al régimen de tutela, solicitando que dicha resolución quede inscrita en el Registro Civil. Se dictó sentencia desestimatoria contra en la primera instancia, así como en la tramitación de segunda instancia, se interpuso un recurso de casación. Debe señalarse que la demanda se había interpuesto antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Los criterios judiciales de análisis se pueden establecer a partir de las siguientes interrogantes:

- ¿Debe constituirse judicialmente una curatela ante la existencia previa del otorgamiento de un poder general que una persona otorgó a favor de otros hijos con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, exactamente el 20 de abril de 2021?

- ¿Deben considerarse los medios de prueba que propuso en el acto de la vista (interrogatorio, testifical y documental) así como los medios de prueba como el requerimiento del historial médico?

¹ Un análisis de la sentencia y de los poderes tras la reforma puede consultarse de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Los poderes preventivos y su correcto entendimiento. Comentario a la STS n.º 1449/2024 de 4 de noviembre (JUR 2024, 420540), Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, N.º 127, 2025. También en "Las medidas voluntarias de apoyo", *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, de 2 de junio, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107-140.

² STS 4 noviembre 2024 (ROJ 2024, 5267).

- ¿Procedería entonces la medida judicial de apoyo como la curatela con designación de curador, con las debidas salvaguardas y controles para garantizar que dicha medida se llevaba a cabo de forma satisfactoria?

- ¿Es imprescindible la inscripción en el Registro Civil del poder preventivo?

En la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo el 4 de noviembre de 2024, se evaluaron todas las interrogantes jurídicas anteriores. Como señala el recurso de casación y se ha estado insistiendo en este análisis: "El actor funda el recurso de casación en preceptos que fueron redactados por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021. La demanda se presentó el 28 de abril de 2021, con anterioridad a la promulgación y la entrada en vigor de la mencionada ley, de la que tenemos que tomar en consideración las disposiciones transitorias sexta (procesos en tramitación) y tercera (previsiones de autotutela, poderes y mandatos preventivos)".

Es muy preciso el Tribunal al señalar que la sentencia se funda en la Ley 8/2021 según la disposición transitoria sexta en cuanto al contenido siguiente:

"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".

Así también, la disposición tercera transitoria de la ley en cuanto a:

"Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil".

La sentencia hace una aportación muy interesante y precisa en cuanto a los poderes preventivos sobre el poder con cláusula de subsistencia como en su modalidad de poder preventivo puro, exponiendo al respecto:

Poder con cláusula de subsistencia: Tendrán cláusula de subsistencia con eficacia desde el otorgamiento pero también podrán tener cláusula de continuidad además de subsistencia si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad.

Poder preventivo puro: Poderes cuya vigencia se pospone al momento en que el futuro poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad (arts. 256 y 257 del Código Civil).

Los poderes preventivos son considerados medidas de apoyo fundados en el respeto a la autonomía de la voluntad y quedan sujetos a las disposiciones generales establecidas como criterios aplicables a todas las medidas de apoyo a las personas con discapacidad (arts. 249 y 250 del Código Civil). Lo anterior se basa en que es precisamente la autonomía de la voluntad -según ratifica la sentencia- la que determina los criterios aplicables a las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, así que por falta de guarda de hecho podrá la autoridad judicial adoptar otras medidas supletorias o complementarias de acuerdo al art. 255 párrafo quinto del Código Civil.

En la segunda instancia se consideró que el segundo poder que la señora otorgó a sus otros dos hijos, en el que se incorporó la cláusula de subsistencia, no es nulo por el carácter voluntario en que se efectuó y que la inscripción en el Registro Civil es declarativa y no constitutiva. En el recurso de casación se considera innecesaria la constitución de una medida judicial de apoyo en atención a la existencia de medida voluntaria consistente en un poder preventivo, ratificándose que la falta de inscripción del poder que justifica las medidas de apoyo no tiene carácter constitutivo.

Lo anterior como se explica en el recurso:

“El artículo 260 introduce la exigencia expresa del otorgamiento de los poderes preventivos en escritura pública”. Además, añade el precepto en su apartado segundo “El notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante”.

En la misma sentencia se explica que la Ley 8/2021, da nueva redacción al apartado 10 del art. 4 y al art. 77 de la Ley 20/2011 del Registro Civil, en cuanto a la inscripción de los poderes y mandatos preventivos y en general de las medidas de apoyo voluntarias respecto a una persona y a sus bienes. En este caso después de un análisis histórico jurisdiccional, el Tribunal Supremo ratifica que la validez y eficacia del poder no está supeditada a su inscripción en el Registro Civil tanto en el derecho anterior como al vigente o actual porque se reitera que la ley no le confiere naturaleza constitutiva.

B) Valoración de las pruebas y consideraciones del Tribunal.

La madre del promovente en el juicio declaró que temía que la llevaran a una residencia y que su otro hijo era el que se ocupaba de su salud y medicamentos y que este no actuaría en contra de ella. También explicó que la incorporación de la cláusula de subsistencia resultaba por el efecto estupendo que había resultado de la convivencia con sus otros hijos.

Por otra parte, el art. 255 del Código Civil sobre medidas voluntarias de apoyo, conforme al último párrafo señala: “solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar medidas supletorias o complementarias”. En aras de la prevalencia de la autonomía de la voluntad el art. 268 del Código Civil, ordena que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos, además de ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise deben respetar siempre la máxima autonomía en el ejercicio de su capacidad atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

En el caso que resuelve este recurso de casación, el aporte judicial es que, si existe un poder preventivo general que resulta suficiente como medida de apoyo y se respeta la voluntad del otorgante, entonces es improcedente constituir la curatela.

Destaca especialmente las consideraciones que lleva a cabo el Tribunal en cuando a la valoración de la propia voluntad de la persona que, si bien no tiene lugar en primera instancia, pues no se llevó a cabo ningún trámite de audiencia con la demandada, se compensa con la detallada entrevista que se practica en la Audiencia. En ella la madre expresa con absoluta claridad el recelo que tiene hacia el hijo denunciante, lo conforme que está con la gestión que está realizando su otro hijo, apoderado, así como se refleja el conocimiento de la madre sobre su propia situación patrimonial y deseo sobre que continúe el apoderamiento.

Todo ello se valora a favor de la subsistencia del poder, así como de la falta de necesidad de acudir a la curatela en el supuesto particular.

Del mismo modo confirma doctrina respecto a que la práctica de aquellas pruebas que no lleven a un cambio de consideración no pueden llevar a una nulidad del proceso.

El tribunal aprovecha para solventar las erróneas interpretaciones entre el contenido de la Disposición Transitoria 3.^a, junto con el contenido del art. 259, en el sentido de negar que los poderes preventivos queden sujetos al régimen de la curatela.

III. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO EN EL CASO DE MÉXICO.

I. Estado de la cuestión en México.

La pluralidad de Códigos Civiles ha dificultado las normas jurídicas específicas que protegen a las personas con discapacidad. México signó la Convención

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³. La incorporación de este convenio a la normativa mexicana pasó por un proceso que comenzó desde 2007 y se ha concretado jurídicamente en la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad⁴, si es cierto que no ha logrado realizarse una reforma en los Códigos Civiles y Familiares de cada estado, si se destacan leyes y normativas específicas que determinan la obligatoriedad de las medidas de apoyos para estas personas vulnerables, sean menores o personas con dificultades físicas, visuales o de movilidad, aplicándose a partir de estas normas mexicanas los principios de la Convención, es el caso del art. 2º de la Ley General, que define:

“Ajustes razonables: Se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

En esta ley se establece el concepto de discapacidad, no como una enfermedad, sino como una limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás.

La ley de inclusión abre el camino para diferentes tipos de discapacidad, sean estas según define la norma: física, mental (deficiencia en el sistema neuronal de una persona que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento...y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena), así como la discapacidad intelectual y sensorial.

En el aspecto procesal, en México se expidió en el año 2023, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares⁵, con el propósito de establecer en un solo código para todo el país, la regulación procesal civil y familiar, con base en los derechos humanos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Sin embargo, conforme a su artículo segundo transitorio, la entrada en vigor de dicho código será de forma gradual en cada entidad federativa, teniendo como fecha límite el 1º de abril de 2027.

3 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificado por México el 17 de diciembre de 2007.

4 Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011, última reforma publicada el 14 de junio de 2024.

5 Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2023, última reforma publicada el 16 de diciembre de 2024.

En el código procesal antes mencionado, se destaca la incorporación de definiciones tales como: ajustes de procedimiento, apoyo, grupos sociales en situación de vulnerabilidad y personas mayores⁶. Además, dedica una sección especial para la designación de apoyos extraordinarios, de los arts. 445 al 455. Actualmente, sólo la Ciudad de México⁷ ha publicado la declaratoria oficial para que sea aplicable este código, el cual entró en vigor para asuntos del orden familiar a partir del 1° de diciembre de 2024.

2. Principios de accesibilidad y ajustes razonables: puntos de coincidencia y diferencias.

Los ajustes razonables como medidas de apoyo más personales se distinguen del principio de accesibilidad, en tanto este último es una condición previa para el ejercicio de derechos que conllevan a un diseño universal diferente al que existe, incluidas nuevas y diferentes tecnologías de apoyo, de forma que se beneficie el contexto social en general y no una sola persona.

En el caso de los ajustes razonables se aplican a personas específicas que no pueden tener acceso o se les dificulta el ejercicio de sus derechos fundamentales (educación, salud, deporte) y por ello ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la obligación de realizar ajustes razonables es una obligación reactiva individualizada⁸.

Como la accesibilidad implica mayores recursos, puede en un tiempo intermedio aplicarse ajustes razonables, estos pueden ser: adaptar un material didáctico, adaptar procedimientos médicos, permitir el acceso a personal de apoyo para cierta actividad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad asume la accesibilidad tanto como principio de acuerdo con el art. 3 de la Convención como de derecho en cuanto al art. 9 de la misma. La accesibilidad constituye un medio para lograr la igualdad sustantiva de todas las personas con discapacidades, sin embargo, el diseño universal no abarca las situaciones de todas las personas, entrando a jugar su rol los ajustes razonables como una respuesta personalizada a fin de que estas personas puedan ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones que las demás.

6 Cfr. art. 2, fracciones I, II, XXII y XXIX del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

7 Decreto por el que se reforman diversos ordenamientos jurídicos de la Ciudad de México, para su homologación con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 29 de noviembre de 2024.

8 SUÁREZ DE LOS SANTOS, D. y LARA BRAVO, A.: *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, p. 39.

El principio de accesibilidad queda definido en la Ley General para la Inclusión de las personas con discapacidad como “medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”⁹.

La Ley mencionada establece algunos ejemplos de accesibilidad,¹⁰ cuando refiere que las personas con discapacidad tienen derecho a la accesibilidad universal y a la vivienda, por lo que se deberán emitir normas, lineamientos y reglamentos que garanticen la accesibilidad obligatoria en instalaciones públicas o privadas, que les permita el libre desplazamiento en condiciones dignas y seguras.

A) Norma Oficial Mexicana NOM-034-STPS-2016, Condiciones de seguridad para el acceso y desarrollo de actividades de trabajadores con discapacidad en los centros de trabajo.

Otro ejemplo en México, acerca de la convergencia entre el principio de accesibilidad y los ajustes razonables, lo encontramos en la Norma Oficial Mexicana NOM-034-STPS-2016, Condiciones de seguridad para el acceso y desarrollo de actividades de trabajadores con discapacidad en los centros de trabajo¹¹, en donde se definen accesibilidad y ajustes en los siguientes términos:

- Accesibilidad: las medidas pertinentes para asegurar el acceso de los trabajadores con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, al entorno físico, transporte, información, comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información, así como las comunicaciones y otros servicios e instalaciones del centro de trabajo.

- Ajustes: Las modificaciones o adaptaciones necesarias a los centros de trabajo, que faciliten al trabajador con discapacidad participar en actividades o recibir servicios en condiciones de seguridad de acuerdo a la discapacidad.

Además, encontramos un punto de coincidencia en cuanto a la accesibilidad y los ajustes razonables, respecto a las obligaciones que debe tener el patrón del centro de trabajo, en el siguiente sentido: si se tiene más de 50 trabajadores, deben contar con instalaciones que permitan la accesibilidad de trabajadores

⁹ Cfr. art. 2, inciso I de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

¹⁰ Cfr. art. 16 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

¹¹ Norma Oficial Mexicana NOM-034-STPS-2016, Condiciones de seguridad para el acceso y desarrollo de actividades de trabajadores con discapacidad en los centros de trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2016, véase arts. 4 y 5.

con discapacidad al centro de trabajo, o realizar, los ajustes, a fin de permitir el libre desplazamiento para librar desniveles; facilitar el acceso, y manipular objetos y controles, entre otras, de acuerdo a las actividades a desarrollar. En su caso, proporcionar asistencia con elementos mecánicos o auxilio con personas, para la movilidad del trabajador con discapacidad y de su perro guía cuando éste lo auxilie, si las escaleras o rampas presentan dificultades durante su desplazamiento.

3. Diferencia entre ajustes razonables y ajustes de procedimiento. Estudio de caso: amparo directo en revisión 1533/2020.

A) Hechos.

Una mujer y sus dos hijas, en un juicio oral familiar demandaron del esposo y padre, respectivamente diversas prestaciones, el hombre fue condenado en todas las instancias. El demandado era una persona con discapacidad física (motriz) y en última instancia promovió juicio de amparo solicitando que se admitiera el nombramiento de un representante especial, por tal motivo, el Tribunal Colegiado de Circuito concedió el amparo para el efecto de reponer el procedimiento, para que el quejoso decidiera si requería el nombramiento de un representante especial, dada su condición de discapacidad física y motriz, y su falta de interposición del recurso de apelación. En contra de dicha resolución las actora en el juicio originario interpusieron recurso de revisión.¹²

En el Poder Judicial de la Federación se consideró la condición de discapacidad del demandado por el padecimiento degenerativo con el que fue diagnosticado con esclerosis múltiple; en tales circunstancias las autoridades jurisdiccionales debieron establecer de manera objetiva hasta qué punto la enfermedad le imposibilitaba tener una adecuada defensa. En la sentencia de amparo se estableció la diferencia entre los ajustes razonables y los ajustes de procedimiento, toda vez que estos últimos se aplican en el derecho al debido proceso sin estar sujetos a análisis de proporcionalidad pues son válidos para todos.

La conexión que permite el acceso a la justicia de la persona con discapacidad puede identificarse a través de las resoluciones judiciales en formato accesible en un lenguaje comprensible para garantizar así todos los actos procesales. Los ajustes procedimentales no pueden definirse por actos de proporcionalidad como los ajustes razonables, pues los procedimentales siempre deben estar garantizados en tanto se vinculan con las medidas de accesibilidad. La Relatora Especial de Naciones Unidas encargada de proteger a las personas con discapacidad ha declarado que precisamente las barreras que impiden el acceso a la justicia son

¹² Amparo Directo en Revisión 1533/2020, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución emitida el 27 de octubre de 2021.

precisamente la falta de capacidad y de accesibilidad¹³; el art. 13 de la Convención señala que las personas con discapacidad podrán acceder a la justicia conforme a los ajustes de procedimiento, los cuales tienen las siguientes características:

- Deben estar personalizados de conformidad con el género y la edad.
- Garantizan el derecho a la no discriminación, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de las personas con discapacidad en todos los procedimientos judiciales.
- Permiten el acceso a la justicia a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás.

B) Metodología.

La metodología que se aplica en la elaboración de los ajustes razonables en caso de discapacidad está basada fundamentalmente en el estudio de caso contemporáneo, y es que en la búsqueda de una educación universitaria con mayor calidad, desde hace unos años se ha trabajado en el rompimiento del positivismo jurídico que lleva a un solo resultado, buscando todo lo contrario cuando el derecho en su normatividad se ha quedado muy por debajo de la realidad social, para ello se ha trabajado como en este artículo en el análisis progresivo a partir de diferentes casos que rompen o incorporan otras figuras jurídicas que permiten proteger el principio pro-persona, así se conforma en lo fundamental el trabajo procedimental de este artículo en cuanto a la doctrina analítica y las soluciones que brindan los procedimientos evolutivos convencionales adaptados a las características de cada país¹⁴.

C) Resultados.

El cambio de paradigma de la incapacitación judicial a la discapacidad social ha sido un proceso progresivo llevado fundamentalmente por el Poder Judicial de la Federación a partir de la aplicación de los ajustes razonables en el sistema jurídico mexicano. Los nuevos principios que han llevado a modificar la incapacitación judicial necesitaban una nueva visión en la legislación civil vigente, por ello en la solución de situaciones reales y partiendo de la adhesión a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se han ido ajustando los principios que también aparecen en la , para la Inclusión de las Personas con discapacidad,

13 DEVANDAS-AGUILAR, C.: *Derechos de las personas con discapacidad, informe de la relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Organización de las Naciones Unidas, informe A/71/314, 2016.

14 PÉREZ FUENTES, G.: "Estudio de casos y hechos como modalidad activa de la enseñanza del derecho" *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, abril 2016, núm. 4.bis (extraordinario), pp. 280-302.

así como en la Ley General de Salud, Última reforma publicada en el DOF el 7 de Junio de 2024¹⁵.

Por ejemplo, el consentimiento informado ha cambiado totalmente el método paternalista de la salud, al menos legislativamente en México se incorporó el art. 51 bis 2 a la Ley General de Salud, a través del cual fueron adicionados varios párrafos entre los cuales se explican los ajustes razonables en caso que peligre la vida y salud tanto en personas con alto riesgo que no haya implementado un documento de voluntad anticipada, será el prestador de servicios de salud el que actuará de inmediato, dejando constancia en el expediente clínico, otorgando informe justificado a los Comités de Ética y a la autoridad judicial competente.

En el caso de la niñez, se implementa en la Ley General de Salud, que constituye una obligación por parte de los prestadores de servicios de atención a la salud, implementar los apoyos y ajustes razonables adecuados para que su voluntad y preferencias sean tomadas en atención a la intervención que corresponda, así como a garantizar su recuperación y bienestar¹⁶.

D) Análisis crítico de la sentencia que resuelve el Amparo Directo en Revisión 1533/2020.

La Resolución antes analizada consideró que si es cierto que las figuras de ajustes de procedimiento y ajustes razonables comparten las características de ser medidas encaminadas a lograr la igualdad sustantiva de las personas con discapacidad, los ajustes de procedimientos se refieren específicamente para hacer valer el acceso a la justicia, conformando un derecho instrumental para acceder a otros derechos vinculados como el debido proceso a diferencia de los ajustes razonables que constituyen medidas para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos fundamentales en un caso particular por lo que se conforman en medidas individualizadas casuísticamente sujetas a criterio de proporcionalidad. La finalidad de los ajustes de procedimiento permite evitar la discriminación en procedimientos judiciales y, por tanto, de negar los mismos se constituye una forma de discriminación por discapacidad.

En el Amparo en Revisión 1533/2020 existe un acercamiento a determinar si el nombramiento de un representante consiste o no en un ajuste razonable.

15 Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, última reforma publicada el 7 de junio de 2024.

16 En el penúltimo párrafo del art. 51 bis 2 de la Ley General de Salud, se reitera la definición de ajustes razonables prevista tanto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, como en la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en los siguientes términos: "Se entenderá como ajustes razonables a las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

La Primera Sala de la más importante Casa de la Justicia en México, ha determinado que en esta ocasión, más que ajustes razonables se aplican ajustes de procedimiento, término utilizado por la Convención para referirse a las modificaciones o adecuaciones procesales que, sin atentar contra la naturaleza del juicio de que se trate, permiten el ejercicio del derecho de acceso a la justicia por lo que estos ajustes se encuentran vinculados con el principio de igualdad y no discriminación y deben estar siempre disponibles sin ser progresivos.

Los ajustes de procedimiento deben ser respetuosos de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad¹⁷ y de igual forma lograr una coincidencia de protección en base al principio pro-persona en el que se encuentra involucrado; es importante la reflexión de la sentencia en cuanto al sistema jurídico mexicano; este tipo de ajustes de procedimiento en forma de representación, deben proporcionarse sobre la base de la libre elección y las preferencias de las personas interesadas, sin que la actuación de los jueces sustituya la voluntad de la persona con discapacidad.

En esta resolución se sancionó que el ajuste razonable no es aplicable al derecho de acceso a la justicia, sino que en función de este derecho deben realizarse los ajustes de procedimiento de acuerdo con la discapacidad de que se trate, para que mediante dichos ajustes se busque la flexibilización o adaptación en los procedimientos, que permitan reducir la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad. En esta resolución se analiza algo de sumo interés para el tratamiento de la vulnerabilidad de personas con discapacidad en el sistema jurídico mexicano a partir de la pregunta siguiente:

¿Es compatible el nombramiento de un representante con el modelo social y de derechos humanos?

En el caso en cuestión derivado del Amparo Directo 1533/2020, el Tribunal Colegiado – según consideró la Suprema Corte – impuso medidas como ajustes razonables indebidos en tanto el afectado que tiene problemas de desplazamiento, queda mermado en el libre desarrollo de la personalidad al imponerle un representante especial. En este sentido, el máximo Tribunal Constitucional mexicano consideró que el Tribunal Colegiado arriba a un criterio contrario al de la Suprema Corte sobre el respeto a la libre voluntad de las personas con discapacidad. El tribunal inferior no advirtió que el demandado quejoso al ratificar al mandatario judicial, se considera afectado en su discernimiento, atentando ello contra el art. 3 inciso a de la Convención, relativo al respeto a la dignidad, la autonomía individual y libertad de tomar las propias decisiones.

17 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Claves legales y jurisprudenciales*, Ed. Hammurabi, Chile, 2024, pp. 19-20.

En la sentencia se insiste que un ajuste razonable debe ser congruente, concreto y eficaz con la discapacidad que se tiene y en el caso en cuestión la esclerosis múltiple no afecta sus capacidades de discernimiento sino principalmente su locomoción. En consecuencia, el Tribunal Constitucional mexicano, establece en el Amparo Directo en Revisión 1533/2020 los siguientes principios en cuanto a la representación por terceros:

- Si una persona con discapacidad, teniendo abogado o mandatario judicial que le represente, decide por voluntad no promover una apelación, debe ser respetada su decisión conforme al principio de autodeterminación del art. 3 inciso a), de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- El supuesto ajuste razonable que pretende imponer el colegiado no corresponde a las circunstancias que en su momento padecía el quejoso, ni atiende a los ajustes razonables que las autoridades responsables hicieron en favor de este.

Al respecto, la más alta instancia judicial mexicana considera que el nombramiento por parte del Juez de un representante especial no puede considerarse acorde con la Convención pues rompe con el derecho a tomar las propias decisiones¹⁸.

¿Las personas vulnerables deben quedar sujetas a estudios médicos?

En el juicio de amparo directo 4/2021¹⁹, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó si una persona con discapacidad debe ser sometida a estudios médicos para determinar el cese del estado de interdicción, veamos los antecedentes de este asunto:

“...Una persona mayor de edad con discapacidad, fue declarada en estado de interdicción en un procedimiento de jurisdicción voluntaria instado por sus familiares. Años después, la persona promovió procedimiento oral familiar para el cese del estado de interdicción en el que manifestó las razones por las cuales originalmente se solicitó que fuera declarada interdicta, así como los inconvenientes y efectos negativos que ello había traído para su vida en múltiples aspectos, identificando a la interdicción como la real barrera que enfrenta, pues está en condiciones de vivir en forma independiente, por lo que solicitó la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el reconocimiento de su plena capacidad jurídica y la instauración de un sistema de apoyos y salvaguardias adecuados a su realidad y conforme a su voluntad, a efecto de poder

18 Tesis: 1a./J. 163/2022, Undécima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, diciembre de 2022, tomo I, p. 852, bajo el rubro: DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DIFERENCIA ENTRE AJUSTES RAZONABLES Y AJUSTES DE PROCEDIMIENTO.

19 Amparo directo 4/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución emitida el 16 de junio de 2021.

vivir de forma autónoma, productiva, proactiva y sin discriminación. El Juez del conocimiento nuevamente sometió a la persona a diversas revisiones por médicos psiquiatras, finalmente, ponderando las opiniones de éstos, decretó el cese del estado de interdicción bajo la consideración de que su condición de salud estaba “controlada”, extinguió la tutela y curatela y a petición de la parte solicitante designó a diversas personas como sistema de apoyo, a quienes atribuyó encomiendas para que la persona con discapacidad continuara con sus tratamientos médicos y se mantuviera “controlada”, haciéndolos responsables de los daños y perjuicios que se le pudieren causar; asimismo, decretó una salvaguardia para garantizar el funcionamiento adecuado de dicho sistema de apoyo; esta decisión se modificó en apelación, para efecto de precisar las responsabilidades de los apoyos. En contra de la anterior sentencia la parte actora promovió juicio de amparo directo en el que planteó la inconstitucionalidad de los arts. 23, 450, fracción II, 462, 466, 467 y 635 del Código Civil, así como 902, 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, aplicables para la Ciudad de México, como sistema normativo regulador de la figura y el procedimiento de interdicción, y se contravirtieron diversos aspectos relacionados con la designación y funciones de las personas de apoyo...”

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que en el procedimiento de cese de estado de interdicción, la autoridad judicial debe ejercer sus facultades de control difuso para inaplicar las normas procesales que rigen dicha figura y que condicionan la terminación de la interdicción al resultado de revisiones médicas que demuestren un cambio de circunstancias en la condición de salud mental de la persona mayor de edad con discapacidad; en su lugar, debe aplicar directamente el art. 12 de la Convención para hacer cesar el estado de interdicción, particularmente en relación con el estado de salud o la existencia de un control médico sobre ésta, o que hubiera desaparecido la discapacidad. Dicho cambio exclusivamente debe ser entendido en un sentido jurídico, en cuanto a la existencia de la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad de exigir el cese del estado de interdicción y el reconocimiento de su derecho de capacidad jurídica plena en igualdad de condiciones que las demás personas y, en su caso, el establecimiento de apoyos para la toma de decisiones en el ejercicio de esa capacidad jurídica, así como salvaguardias que garanticen el correcto funcionamiento de esos apoyos. De manera que la acción de cese de estado de interdicción no puede estar sustentada en la acreditación de cuestiones fácticas sobre el diagnóstico médico de la condición de salud, pues las reglas que regulan la interdicción y su cese, sustentadas en la valoración médica de la persona para reconocer su capacidad jurídica, son inconstitucionales²⁰.

20 Tesis: 1a./J. 141/2022, Undécima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, diciembre de 2022, tomo I, p. 989, bajo el rubro: ESTADO DE INTERDICCIÓN. SU CESE NO PUEDE ESTAR CONDICIONADO O SUPEDITADO A QUE SE MANTENGA UN CONTROL MÉDICO DE LA CONDICIÓN DE SALUD MENTAL O PSICOSOCIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

4. Estudio de caso: amparo en revisión 162/2021.

A) Hechos.

Los padres de un niño con síndrome de Down solicitaron a una institución deportiva que su hijo fuera inscrito en clases ordinarias de natación. La institución negó dicha solicitud al considerar que el niño debía permanecer en el grupo de clases adaptadas, en donde tendría como opción la participación en las "olimpiadas especiales". Ante esta respuesta, sus progenitores promovieron un juicio de amparo indirecto. El Juez de Distrito negó el amparo al considerar que la institución no estaba negando el acceso a las actividades deportivas, por el contrario, al ofrecer las clases adaptadas, estaba atendiendo a los ajustes razonables para que el niño ejerciera su derecho al deporte. Ante esa negativa, la parte quejosa interpuso un recurso de revisión²¹.

B) Conclusiones jurídicas de la Corte.

El derecho al deporte es válido para cualquier persona con o sin discapacidad por lo que las instituciones deportivas no pueden denominar ajustes razonables a una medida discriminatoria con falta de inclusión efectiva, de acuerdo al art. 4° de la Constitución mexicana y 30 párrafo 5° de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

A partir de esta sentencia jurisprudencial se estableció una metodología que deben observar las personas juzgadoras para dictar ajustes razonables y que consisten en las siguientes:

- Detectar y eliminar los obstáculos que afectan el goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad, para lo cual será necesario dialogar con ellas.
- Evaluar si es posible realizar el ajuste desde el punto de vista jurídico o material.
- Examinar si el ajuste es pertinente o eficaz para garantizar el ejercicio del derecho de que se trate.
- Analizar si la modificación impone una carga desproporcionada o indebida al obligado valorando los medios empleados y la finalidad que en todo caso será el disfrute del derecho solicitado.

21 Amparo en revisión 162/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución emitida el 17 de noviembre de 2021.

- Que los costos no sean sufragados por las personas con discapacidad.
- Que la carga de la prueba recaiga sobre la procedencia del obligado.

5. Estudio de caso: amparo directo 173/2019 ¿Las personas con dictámenes médicos documentales y opiniones de especialistas que declaran cierto grado de Alzheimer²² pueden realizar testamento?

El Poder Judicial de la Federación en México se ha pronunciado en una tesis a partir del amparo directo 173/2019 de 7 de mayo de 2021.²³ A continuación se analizan brevemente los hechos para señalar los argumentos judiciales que consideran aplicar la filosofía jurídica y de protección de los derechos humanos de la Convención.

A) Hechos.

Se promovió un juicio ordinario civil sobre nulidad de testamento y nulidad de juicio testamentario público abierto en contra de la testadora y los herederos testamentarios alegando como pruebas documentales a fin de que si se comunicaba a los familiares cuando un paciente era detectado con la enfermedad de Alzheimer. El Juez civil decretó sentencia definitiva en la que se dictó la nulidad del testamento público abierto y la cancelación de la escritura pública. La codemandada interpuso recurso de apelación en dicho Tribunal se revocó la nulidad absoluta del testamento alegando de acuerdo al art. 1202 del Código Civil del Estado de Nuevo León, que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho²⁴.

B) Conclusiones jurídicas.

Los argumentos se sustentan en que las aptitudes físicas o mentales del autor de la herencia no es causa suficiente para dejar de resolver frente al principio de la voluntad del testador así como sus preferencias pues la capacidad para testar se presume mientras no se demuestre de manera inequívoca que al momento de otorgarse el testamento existía una resolución judicial que demuestre la falta de capacidad del testador en cuanto a la toma de decisiones sobre su persona y bienes, así que la circunstancia que una persona padezca de ciertas deficiencias o limitaciones físicas o mentales, no es motivo para negarle capacidad jurídica ni de derecho a la disposición de sus bienes en tanto lo válido es el reconocimiento de

22 En México existe la Guía práctica Clínica para el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad de Alzheimer, emitida por la Dirección de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social.

23 Amparo directo 173/2019, Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Cuarto Circuito, resolución emitida el 7 de mayo de 2021.

24 Código Civil para el Estado de Nuevo León, publicado en el Periódico Oficial el 6 de julio de 1935, última reforma publicada el 17 de enero de 2025.

la voluntad de todo ser humano como eje central de derechos esto implica que la mejor interpretación judicial en cuanto al mayor interés no está basado en que otro decida sino en procurar que la persona con posibles discapacidades disponga del máximo de autonomía para tomar decisiones por sí misma sobre su vida, bienes o derechos.

6. Distinción entre ajustes razonables y medidas de accesibilidad. Estudio de caso: amparo en revisión 686/2022.

A) Hechos.

Un conjunto de personas con discapacidad visual promovió diversos juicios hasta llegar a una Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana, las personas reclamaron a las autoridades federales y locales sus obligaciones de garantizar en cumplimiento de sus derechos fundamentales, los principios de accesibilidad y movilidad para estas personas que acudían al Metro de la Ciudad de México y padecían de discapacidad visual²⁵.

En este proceso se realizó un estudio sobre la distinción entre las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables como forma de salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad que comparecieron a juicio. En el análisis se identificó nuevamente a los ajustes razonables como aquellas medidas encaminadas a eliminar barreras en favor de las personas con discapacidad a través de modificaciones en relación al entorno sin medidas desproporcionadas para los garantes del derecho de movilidad a partir de su discapacidad visual. Frente a las primeras deben analizarse en este caso las medidas de accesibilidad que son de carácter progresivas y social en cuanto las autoridades estatales tienen la obligación de implementarlas sin previo requerimiento pues deben buscar efectos generales de bienestar social, por lo que el Máximo Órgano de Justicia de México determinó que debe garantizarse el derecho a la accesibilidad en el transporte público.

B) Conclusiones jurídicas.

La accesibilidad y los ajustes razonables son dos tipos de obligaciones sobre los derechos de las personas con discapacidad que permite acercar a todos al cumplimiento de sus derechos humanos con independencia de los obstáculos que las barreras tanto físicas, psíquicas hasta jurídicas se enfrentan.

En este contexto es importante señalar que los ajustes razonables se convierten en medidas de realización inmediata cuando se solicitan de forma individual de

²⁵ Amparo en revisión 686/2022, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución emitida el 17 de mayo de 2023.

manera que se eliminen las barreras tecnológicas, asociales, de viabilidad, entre otras a las que las personas se enfrentan sin que puedan ser superadas por un diseño universal que haga desaparecer estos obstáculos. Los ajustes razonables tienen dos funciones muy específicas:

- Si una persona los requiere para acceder a situaciones o entornos no accesibles, y
- Cuando una persona tiene una discapacidad específica que no puede ser cubierta por la extensión del diseño universal en el cambio.

La conclusión es que las medidas de accesibilidad son una obligación ex ante, esto significa que el Estado tiene la obligación de garantizar la accesibilidad antes de que haya alguna petición individual pues éstas se basan en políticas públicas que deben emitir los Estados para lograr que progresivamente todos los bienes y servicios puedan llegar a las personas vulnerables como obligación proactiva.

Los ajustes razonables son medidas que se otorgan por una necesidad específica, en casos particulares a petición de una persona con una vulnerabilidad que lo requiera. Por ello, la accesibilidad se relaciona con un grupo de personas mientras que los ajustes razonables solucionan casos concretos.

IV. CONCLUSIONES.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 en el ámbito internacional ha tratado de recuperar el goce pleno de todos los derechos humanos para las personas con discapacidad, por ello en la misma Convención se establece en el art. 2, que la discriminación por discapacidad implica cualquier obstáculo, goce o reconocimiento en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos entre las que se incluye la denegación de ajustes razonables.

El cambio paradigmático va obligando a los diferentes países firmante a tratar de adaptarse y adoptar los principios de la Convención, tanto en la órbita sustantiva como procedimental, como es el caso de España después de la promulgación de la Ley 8/2021, donde se ha hecho posible un cambio legislativo absoluto, así como una notable transformación en las resoluciones dictadas por los distintos tribunales.

En este sentido, la primera parte de este artículo elaborado por la Catedrática Cristina De Amunátegui, se centra en que los poderes otorgados con anterioridad de carácter preventivo serán compatibles con otras medidas de apoyo a favor del poderdante, incluyendo las que sean establecidas judicialmente como las que

se han previsto por el interesado al no ser que el juez considere incompatible las medidas de apoyo voluntarias y las posibles o necesarias de carácter judicial para algún caso concreto.

No obstante, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos puede solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos de acuerdo con el art. 258 del Código Civil Español.

Es importante señalar también que la Ley 8/2021 de 2 de junio dio una nueva redacción al art. 1732 del Código Civil en cuanto al literal siguiente: el mandato se acaba, según dispone el apartado 5º del precepto “(P)or la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos”.

En la segunda parte de este trabajo, la Dra. Pérez Fuentes parte de la realidad mexicana caracterizada por sus 32 Códigos Civiles no modificados, pero reconoce el trabajo que se ha desarrollado a partir de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad con su última reforma en junio de 2024, que a la vez se han establecido con las características de cada Estado en normativas propias de éstos. La Ley se basa y desarrolla el principio de que todas las personas, incluidas aquellas que han recibido un diagnóstico de discapacidad intelectual, tienen los mismos derechos humanos y legales que las otras personas. Por otra parte, en la normativa mexicana señalada se desarrollan los principios fundamentales de la Convención sostenida en el concepto de discapacidad estableciendo la diferencia con enfermedades.

En la Ley General se establece que la discapacidad es la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social puede impedir su inclusión plena y efectiva en igualdad de condiciones. La norma mexicana es cuidadosa en analizar los distintos tipos de discapacidades, así como desarrollar la protección de los derechos fundamentales de estas personas vulnerables, a saber: Derecho a la salud sin discriminación, derecho al trabajo, a la educación, al deporte, recreación y cultura, acceso a la justicia y libertad de expresión entre otros.

La norma especial desarrolla a partir del art. 16 algo muy importante para los estados parte que han signado la Convención en cuanto a la diferencia entre accesibilidad universal, vinculado con las políticas públicas de cada país y los ajustes razonables.

Por último, el trabajo realizado por el Poder Judicial de la Federación en México es destacable en cuanto a la interpretación y evolución de la incapacitación a la

discapacidad social, la experiencia judicial mexicana ha podido fijar principios a través de sus criterios jurisprudenciales desde una perspectiva constitucionalista civil, se destacan en estas conclusiones:

La capacidad jurídica plena de las personas mayores de edad con discapacidad es un atributo inherente a su condición humana y un derecho fundamental reconocido por la Convención en el art. 12, que no depende del estado de salud ni del control que se tenga sobre este pues la capacidad jurídica y la capacidad mental no son conceptos asimilables. Esta hipótesis de nuestro trabajo ha sido comprobada a través del estudio de casos destacando el criterio jurisprudencial Ia./J. 141/2022, emanado de la resolución que resuelve el amparo directo 4/2021.

Las medidas de apoyo y ajustes de procedimiento que se contienen en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares aparecen aplicados progresivamente, toda vez que los arts. 445 y 446 dedicados a la designación de apoyos extraordinarios no han tenido aún aplicación real en el sistema jurídico mexicano, sin embargo se destaca el trabajo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la recuperación de la autonomía de las personas vulnerables así como las diferencias establecidas en sus resoluciones sobre accesibilidad, ajustes razonables y de procedimiento, así como el rompimiento de la incapacitación a través del dictamen médico mediante el tránsito a la discapacidad en razón de la dignidad y la recuperación de su autonomía.

España y México representan puntos claves para la inclusión de las personas con discapacidad, sin embargo, con diferente extensión jurídica y social y por supuesto, con diversas formas de actuación.

BIBLIOGRAFÍA

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.:

- “Las medidas voluntarias de apoyo”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., (dir.): *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- “Los poderes preventivos y su correcto entendimiento. Comentario a la STS n.º 1449/2024 de 4 de noviembre (JUR 2024, 420540), Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 127, 2025.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Claves legales y jurisprudenciales*, Ed. Hammurabi, Chile, 2024.

DEVANDAS-AGUILAR, C.: *Derechos de las personas con discapacidad, informe de la relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Organización de las Naciones Unidas, informe A/71/314, 2016.

PÉREZ FUENTES, G.: “Estudio de casos y hechos como modalidad activa de la enseñanza del derecho” *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 bis (extraordinario), 2016.

SUÁREZ DE LOS SANTOS, D. y LARA BRAVO, A.: *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.



PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA LEY ORGÁNICA 5/2024,
DE 11 DE NOVIEMBRE, DEL DERECHO DE DEFENSA

*A CRITICAL PERSPECTIVE ON ORGANIC LAW 5/2024, OF
NOVEMBER 11, ON THE RIGHT OF DEFENCE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 594-615

Brian
BUCCHALTER
y Alejandro DE
ROSA

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El derecho de defensa ha recibido una nueva regulación por la LO 5/2024, de 11 de noviembre. El objeto de este trabajo es examinar la nueva regulación desde una perspectiva crítica. Primero, abordamos lo relevante del iter parlamentario, después algunas deficiencias más bien de técnica y, posteriormente, algunas dificultades que advienen sobre el contenido y el ámbito de aplicación del derecho de defensa. Después examinamos la vigencia del derecho en el procedimiento administrativo sancionador, el derecho de audiencia y, entre otras cuestiones, las normas de interpretación y de provisión de documentos que contiene la LO 5/2024.

PALABRAS CLAVE: Derecho de defensa; Derecho procesal penal; crítica legislativa; Derecho constitucional; derechos fundamentales.

ABSTRACT: *The right of defence has received a new regulation by LO 5/2024, of 11 November. The purpose of this paper is to examine the new regulation from a critical perspective. First, we address the relevance of the parliamentary process, then some technical shortcomings and, subsequently, some difficulties regarding the content and scope of application of the right of defence. We then examine the validity of the right in the administrative sanctioning procedure, the right to a hearing and, among other issues, the rules of interpretation and provision of documents contained in LO 5/2024.*

KEY WORDS: *Right of defence; criminal procedural law; legal critic; constitutional law; fundamental rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LO RELEVANTE DEL ITER PARLAMENTARIO.- III. ¿FINALIDAD DIVULGATIVA?.- IV. DEFENSA COMO PRESTACIÓN.- V. CONTENIDO Y ¿ÁMBITO DE APLICACIÓN?.- VI. DERECHO DE DEFENSA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.- 1. Presunción de inocencia.- 2. Prohibición de indefensión.- 3. Derecho a no autoincriminarse.- VII. DERECHO DE AUDIENCIA.- VIII. OTRAS CUESTIONES.- 1. Reglas interpretativas.- 2. Deberes de provisión de información y documentos.- IX. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

El 14 de noviembre de 2024 publicaba el BOE la LO 5/2024, de 11 de noviembre, llamada a desarrollar el derecho fundamental a la defensa (art. 24.1 CE). Aunque la norma es loable en espíritu, nace fatigada por circunstancias de diversa clase, algunas más graves que otras (dejando de lado lo lingüísticamente mejorable¹ y las dudas sobre su rango normativo²). Este trabajo tiene por intención, entonces, examinar algunos aspectos del nuevo régimen jurídico del derecho de defensa desde una perspectiva crítica, aunque sin desmerecer lo que de bueno tiene el texto y sin olvidar que, en términos generales, el legislador podría haber sido más ambicioso, como se ha hecho notar en la doctrina³. Desde luego, no hay más que felicitar al legislador por la norma que aparece, por fin, en el art. 16.2 LO 5/2024:

“Las comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, incluso en fase extrajudicial, son confidenciales y no podrán hacerse valer en juicio ni tendrán valor probatorio, excepto en los casos en los que se hayan obtenido de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal u otras leyes de aplicación o en que su aportación o revelación haya sido autorizada conforme a la regulación profesional vigente”.

- 1 Por ejemplo, el art. 4.8 LO 5/2024 prevé que, en el caso de menores de edad, “la asistencia jurídica deberá velar por el posible conflicto de intereses con los representantes legales [...]”. Aunque se entiende que la norma pretende que el Letrado tenga en consideración un posible conflicto de intereses con los representantes del menor, no deja de ser cierto que la Ley manda “velar por el posible conflicto de intereses” y no por evitarlo. Llamativo es también el caso del art. 12.3 LO 5/2024 y de la D.A. 3.ª que repiten, con ligera distinción, la misma norma.
- 2 El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de defensa, de 26 de enero de 2023 (aps. 12 y ss.), ya puso de relieve las dificultades que a ese respecto suscitaba el Anteproyecto. En particular: no satisfacer los requisitos de justificación que ha venido exigiendo el Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21) para afirmar la constitucionalidad de las Leyes en que conviven tanto preceptos ordinarios como orgánicos.
- 3 ARNAIZ SERRANO, A.: “El derecho de defensa no cabe en una norma-Desafíos de la Ley Orgánica del derecho de defensa”, *Revista General de Derecho procesal*, núm. 65, 2025, p. 4.

• Brian Buchhalter Montero

Investigador Postdoctoral (FPU), Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: bbuchhal@ucm.es.

• Alejandro de Rosa Cañete

Investigador en formación (ACIF), Universitat de València. Correo electrónico: alejandro.rosa-canete@uv.es.

La norma satisface, de ese modo, un sano reclamo de la Abogacía: carece ya de sentido discutir sobre el valor probatorio de aquella información en el proceso. Pero, como decíamos, al margen de ese feliz precepto, lo que nosotros nos proponemos es ofrecer una perspectiva crítica de las normas que contiene la LO 5/2024 directamente destinadas a regular el derecho de defensa (arts. 1 a 12). Nuestro trabajo se escinde, de ese modo, en las siguientes partes: primero examinamos lo relevante del *iter parlamentario* (II), después algunas deficiencias más bien de técnica y enfoque (III) y otras dificultades que advienen sobre el contenido y el ámbito de aplicación de la defensa (IV). Posteriormente, estudiamos algunos aspectos de la defensa en el procedimiento administrativo sancionador (V), el derecho de audiencia (VI) y, por último, otras cuestiones que suscita la LO 5/2024 (VII).

II. LO RELEVANTE DEL *ITER* PARLAMENTARIO.

El Boletín Oficial de las Cortes Generales publicaba el 2 de febrero de 2024 el Proyecto de Ley Orgánica del derecho de defensa, remitido por el Gobierno e informado tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo Fiscal (entre otros), aunque no por el Consejo de Estado. Su acogida en el Congreso fue crítica: se entendió mayormente que el texto no ofrecía innovación alguna, sino solo sistematización de derechos subjetivos ya existentes⁴. Pero más allá de eso, el texto fue evolucionando en el Congreso. El avance más relevante está en la consolidación del derecho de defensa fuera del ámbito estrictamente jurisdiccional. La LO 5/2024 asegura, así, que el derecho de defensa no solo ofrece tutela en el proceso sino también antes y después. Particularmente relevantes son esas previsiones si se tiene en cuenta que la LO 1/2025 ha hecho preceptiva la celebración de estas negociaciones antes de presentar demandas civiles (art. 5 LO 1/2025).

En julio de 2024 se hicieron públicos, en todo caso, tanto el dictamen emitido por la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley como los escritos de mantenimiento de las enmiendas para defensa en el Pleno⁵. Entre las modificaciones asumidas destaca la inclusión de las disposiciones que garantizan el derecho al uso de las lenguas oficiales en los procesos que se sustancian ante órganos con jurisdicción en todo el Estado (actual art. 10 d] LO 5/2024), completando así las normas de la LOPJ (art. 231). De la misma manera, en ese trámite fueron reforzadas las disposiciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad:

4 Por ejemplo, el Sr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (VOX) consideró en la Comisión de Justicia que el Proyecto “es el mejor ejemplo de una ley innecesaria, y lo es porque, a nuestro juicio, es un popurrí de regulaciones ya vigentes, tanto de normas que se encuentran en vigor como de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”: Diario de Sesiones de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia, núm. 142, de 26 de junio de 2024, p. 6.

5 Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 6-4, 4 de julio de 2024.

se reitera, con tanta fuerza normativa como valor simbólico (positivo), que las personas con discapacidad deben poder ejercer su derecho de defensa en igualdad de condiciones. En ese aspecto, por tanto, la reforma enlaza no solo con el nuevo art. 49 CE, sino con las tendencias legislativas que provienen de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad.

El debate sobre el dictamen de la ponencia en el Pleno (el 11 de julio de 2024⁶) fue rico. Mientras algunos parlamentarios valoraron los avances logrados en materia de derechos lingüísticos y de las personas con discapacidad, otros (particularmente de VOX⁷ y del Partido Popular⁸) insistieron en que el Proyecto no ofrecía ni innovación ni soluciones prácticas para los problemas estructurales del sistema judicial (aunque a eso último no está llamada, creemos nosotros, una LO de desarrollo de un derecho fundamental). Aun así, el Congreso aprobó el texto modificado y el texto fue remitido al Senado para su revisión, que lo recibió el 17 de julio⁹. Su Comisión de Justicia lo examinó y admitió la presentación de nuevas enmiendas. Allí, el Partido Popular aprovechó su mayoría absoluta para introducir ciertas modificaciones que, en opinión de la portavoz socialista, distorsionaban el acuerdo alcanzado en el Congreso. En cualquier caso, las enmiendas fueron asumidas en el Dictamen de la Comisión de Justicia y fueron publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales a finales de septiembre de 2024¹⁰ e incluyeron, entre otras cuestiones, algunas modificaciones en relación con la asistencia jurídica gratuita y la organización interna de los colegios de Abogados¹¹.

El contraste entre el texto remitido por el Congreso y el dictamen aprobado por el Senado refleja algunas diferencias tanto de redacción como de espíritu. La pretensión del Senado fue, en términos generales, la mejora técnica (que no ha llegado, como se ha visto, a alcanzar cuotas suficientes en el texto definitivo: no se puede afirmar que el Parlamento español haya cumplido su “obligación a una buena Ley”¹²). En cualquier caso, la suspensión del Pleno del Senado del 30 de

6 Cfr. Diario de Sesiones de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, núm. 56, 11 de julio de 2024, pp. 4 y ss.

7 En ese sentido, el Sr. SÁNCHEZ GARCÍA ponía de relieve que el Proyecto consistía en “positivizar como norma lo que sería un precipitado de jurisprudencia constitucional y de tribunales internacionales [...] cuando no se trata de una mera reiteración de particulares ya regulados en leyes vigentes en nuestro ordenamiento [...]”: Diario de Sesiones de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, núm. 56, 11 de julio de 2024, p. 6.

8 La Sra. GONZÁLEZ BELLA había hecho notar que en el proyecto “iba a haber una regulación sistemática de este derecho desarrollando su contenido y reforzando sus garantías, más allá de lo que ya existía tanto en el art. 24 de la Constitución, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o en leyes como la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Lejos de esta expectativa, queda el texto presentado [...]”: Diario de Sesiones de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, núm. 56, 11 de julio de 2024, p. 8.

9 Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, núm. 133, 17 de julio de 2024, pp. 2 y ss.

10 Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, núm. 157, 30 de septiembre de 2024, pp. 3 y ss.

11 Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, núm. 149, 16 de septiembre de 2024, pp. 2 y ss.

12 Ese es el título de la tesis doctoral de BURGHART, A.: *Die Pflicht zum guten Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996. Interesan, sobre todo, las pp. 61 y ss., relativas a la “Ley comprensible” (*das verständliche Gesetz*).

octubre de 2024 (motivada por la DANA) impidió que el Senado votara en Pleno las modificaciones y, por tanto, el texto -en su versión final dada por el Congreso- resultó aprobado tácitamente (art. 91 CE).

III. ¿FINALIDAD DIVULGATIVA?

Examinada brevemente la génesis de la LO 5/2024 podemos abordar algunos aspectos del texto. Lo primero que merece censura es que el texto se haya propuesto llenar una suerte de finalidad divulgativa. En el Preámbulo, la LO 5/2024 pone de relieve que pretende “servir para que las personas conozcan el alcance de este derecho [el de defensa] en su máximo reconocimiento y garantía, así como para dejar constituida una guía de ruta para todos los operadores jurídicos” (ap. III).¹³ La Ley, sin embargo, como vehículo formal a través del que el Estado actúa en el tráfico jurídico (y que incluso lo configura), no está llamada a informar ni tampoco a servir de “guía de ruta”, sino a ordenar con el más riguroso *imperium* que admite la acción estatal. Sobre ese particular sentido del entonces Anteproyecto hizo notar el CGPJ que parecía, más bien, que el texto no se dirigiera a regular el derecho de defensa, sino

“[...] a vehicular la divulgación de sus garantías jurídicas ya existentes, lo que no se compadece con el carácter orgánico que pretende atribuirse a la norma, en el bien entendido de que el hecho de que la norma sea finalista no descarta *per se* que pueda ser orgánica, en tanto que lo determinante no es que la estructura normativa sea de regla o de principio sino si es desarrollo directo de un derecho fundamental y afecta a sus elementos nucleares” (ap. I8).

Pero, en realidad, no es que esa *divulgación* no se compadezca con el carácter orgánico o no de la Ley (no de la norma), sino que las Leyes no tienen por finalidad natural la información, como tampoco lo tienen las sentencias judiciales ni, generalmente, los actos administrativos. Es decir, el sentido de estas actividades del Estado (que se manifiesta en el tráfico jurídico como legislador, como Juez o como Administración) no es proveer información, sino declarar la existencia o inexistencia de una relación jurídica o, en su caso, constituirla, modificarla o extinguirla. Con eso no queremos decir que el Estado no pretenda divulgar, en ocasiones, cierta información (las notificaciones son transmisiones de información, de hecho: art. 149.1.º LEC). Lo que decimos, más bien, es que las Leyes no están llamadas primordialmente a esa función.

¹³ Lo mismo reitera más adelante: “Esta ley va más allá: centra su razón de existir en la necesidad de que las personas físicas y jurídicas conozcan el especial reconocimiento y las garantías que les corresponden como titulares de su derecho de defensa, y determina tanto las garantías y deberes de los profesionales de la abogacía como, en especial, el juego de la organización colegial, como salvaguarda y garantía de su ejecución y cumplimiento” (ap. III).

IV. DEFENSA COMO PRESTACIÓN.

A lo anterior hay que sumar que la LO 5/2024 ha puesto, también, el acento en la vertiente negativa del derecho de defensa. De ese modo, lo concibe como uno de los “derechos básicos de protección” (Preámbulo, I). Es decir, como un derecho de *defensa* frente al Estado (*Abwehrrecht*), oponible a los poderes públicos y en particular a los Tribunales y a la Administración. Desde esa perspectiva se entienden con nitidez los ámbitos de libertad que la Ley reconoce, por ejemplo, al investigado o al acusado en un proceso penal. El Estado se abstiene, en ese sentido, de compeler a declarar al investigado (art. 10.p] LO 5/2024).

Pero esta tan profunda mirada que la LO 5/2024 coloca sobre el derecho de defensa como libertad deja de lado que la defensa es también un derecho prestacional (*Leistungsrecht*)¹⁴. No se trata de que el Estado no se inmiscuya en cierto ámbito de libertad¹⁵, sino de que el Estado ofrezca una serie de servicios en concreto. El mandato de Estado social (art. 1.1 CE) exige que la perspectiva sea más amplia, no restringida a la mera abstención, sino a la prestación del servicio de defensa: no solo como la provisión misma de la defensa letrada cuando así le compete al Estado, sino también servicios y bienes que posibilitan la defensa. En eso la LO 5/2024 no ofrece particulares novedades. Y pierde, por tanto, una buena oportunidad de completar las normas de asistencia jurídica gratuita (que alguna modificación requerirían respecto, por ejemplo, del estatuto de las personas jurídicas empresariales)¹⁶.

V. CONTENIDO Y ¿ÁMBITO DE APLICACIÓN?

Al margen de esas dificultades dogmáticas existen también otras cuestiones más bien de orden práctico que abordar respecto del derecho de defensa tal como, ampliamente, lo reconoce la LO 5/2024. En ese sentido, bajo la rúbrica “Ámbito de aplicación”, el art. 2 LO 5/2024 prevé que el derecho de defensa

“[...] comprende el conjunto de facultades y garantías, reconocidas en el ordenamiento jurídico, que permiten a todas las personas, físicas y jurídicas, proteger y hacer valer, con arreglo a un procedimiento previamente establecido, sus derechos, libertades e intereses legítimos en cualquier tipo de controversia ante los tribunales y administraciones públicas, incluidas las diligencias de investigación

¹⁴ Cfr., ARNAIZ SERRANO, A.: “El derecho de defensa...”, cit., pp. 20 y ss.

¹⁵ En ese mismo sentido, CAAMAÑO, F.: “El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000, p. 115: “Y se trata, además, de un derecho de libertad que, como tal, conlleva ineludiblemente el riesgo de equivocarse al ejercerlo. El derecho de defensa no es un derecho que deba ser tutelado por los poderes públicos: de la decisión de autodefenderse y sus consecuencias sólo ha de responder el titular del derecho”.

¹⁶ Cfr. BUCHHALTER MONTERO, B.: “La asistencia jurídica gratuita en Alemania (*Prozesskostenhilfe*) y algunas propuestas de mejora para España”, en HERRERO PEREZAGUA, J. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (dirs.), *La justicia tenía un precio*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 387 y ss.

del Ministerio Fiscal, o en los medios adecuados de solución de controversias regulados en la normativa de aplicación”¹⁷.

Como observó ya el CGPJ, no hay correspondencia total entre la intitulación y el contenido del precepto¹⁸. Y, de hecho, el art. 3 LO 5/2024 (rubricado “Contenido del derecho de defensa”) comienza con el mismo verbo que el anterior (“comprende”). Pero, en todo caso, lo primero que revela este art. 2 LO 5/2024 es el contenido del derecho de defensa (“conjunto de facultades y garantías”) pero no su ámbito de aplicación, que aparece (no sin defectos) solo al final, tal como veremos más adelante. Ahora hay que hacer notar que la referencia general a las “personas, físicas y jurídicas” es positiva. Aunque el CGPJ objetó en su momento que fueran incluidas en la voz “personas” también las jurídico-públicas¹⁹, la LO 5/2024 es certera en ese sentido. El CGPJ había hecho notar que la referencia a aquella clase de personas suscitaría problemas, porque ya existen normas especiales para las personas jurídico-públicas. Dejando de lado que en realidad no se suscita problema alguno de interpretación porque la LO 5/2024 es general y no desplaza las normas especiales (por ejemplo, de la Ley 52/1997)²⁰, lo cierto es que la previsión de la LO 5/2024 abarca también a las personas jurídico-públicas extranjeras²¹. Aunque su intervención en el tráfico jurídico no es, a veces, más que testimonial, no pueden quedar excluidas del ámbito de protección de este derecho fundamental. Pensamos, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Civil) 517/2019, de 3 de octubre, que desestimaba el recurso interpuesto por la República Argentina contra una resolución que entendía lesiva de su inmunidad de jurisdicción. Aunque, desde luego, la República Argentina no es una *persona* jurídico-pública (sino un Estado), sí lo son sus entes públicos y para ellos no hay norma especial en nuestro país, de manera que la LO 5/2024 les da cobijo. Como en Alemania, solo la intervención (formal) en el proceso es decisivo para reconocer derechos fundamentales procedimentales²².

A lo anterior hay que sumar, por otra parte, que es saludable la extensión legal del derecho de defensa a los “medios adecuados de solución de controversias”, especialmente si consideramos que la LO 1/2025 los hace obligatorios en

17 En particular, cfr. AGUILERA MORALES, M.: “La actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal: rasgos y riesgos”, *Justicia: Revista de Derecho procesal*, núm. 2, 2023, pp. 45 y ss.; y ALFONSO RODRIGUEZ, A. J.: “Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa”, *Revista de Derecho-UNED*, núm. 25, 2019, pp. 171 y ss. (que se ocupa de la defensa, especialmente, en las pp. 197 y ss.).

18 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de defensa, de 26 de enero de 2023, ap. 54.

19 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de defensa, de 26 de enero de 2023, ap. 54. Nada opone, a ese respecto, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de defensa, de 29 de diciembre de 2022, p. 11.

20 Cfr. ARNAIZ SERRANO, A.: “El derecho de defensa...”, cit., pp. 31 y ss.

21 Además, el propio art. 4.7 LO 5/2024 ya contiene la necesaria remisión: “La asistencia jurídica letrada del Estado y las instituciones públicas se regirá por su normativa de aplicación y esta ley orgánica”.

22 Cfr. RADTKE, H.: “Art. 103 GG”, en AA.VV.: *BeckOK Grundgesetz*, C. H. Beck, München, 2023, Rn. 4.

determinadas circunstancias (art. 5). No está justificada, en ese sentido, la crítica que el CGPJ hacía del texto original: mantenía éste que la defensa en esos procedimientos alternativos no era de rango fundamental y que, por tanto, debía quedar regulada en otro emplazamiento²³. Ahora bien, si uno toma en consideración que lo que en algunos de esos procedimientos se decide tiene fuerza ejecutiva (art. 517.2.º LEC), carece de sentido retraer las posibilidades de defensa en esos contextos. Es decir, aunque los árbitros -por ejemplo- nunca estuvieran obligados a garantizar los derechos fundamentales con el mismo rigor que corresponde a un Tribunal (art. 3.7 LO 5/2024), no puede soslayarse que aquellos también ejercitan funciones públicas: por eso pueden prevaricar (art. 24.2 CP)²⁴ y lesionar también derechos fundamentales (art. 41.f] LArb)²⁵. Si su tarea es pública, los derechos fundamentales no pueden ofrecer solo tutelas tímidas, sino lo más plenas posibles.

La LO 5/2024 es artificiosa, por otra parte, cuando vincula en relación de necesidad la defensa con la protección de derechos, libertades e intereses legítimos “en cualquier tipo de controversia”. Es cierto que, naturalmente, cualquier defensa implica un ataque (real o futuro), pero también es verdad que en sentido jurídico, la defensa trasciende a la controversia. Es decir: hay derecho de defensa sin controversia. Así sucede, por ejemplo, en ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria en que no necesariamente hay conflicto, pero sí derecho a defenderse²⁶. Pero, aunque se admitiera que en la jurisdicción voluntaria siempre hay controversia, también existen procedimientos judiciales contenciosos (es decir, no de jurisdicción voluntaria) en que no hay controversia alguna. Nos referimos a los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo (art. 777 LEC). En ese sentido, es parcialmente certero el CGPJ cuando pone el acento en que la perspectiva sobre la defensa debe ser más amplia y que debe trascender al ejercicio de potestades sancionadoras, ejercitadas por los Tribunales o por la Administración: “[el derecho de defensa] debe tener su proyección sobre cualquier sector del ordenamiento en el que aparezcan comprometidos derechos o intereses legítimos cuyo respeto se someta a decisión judicial”²⁷. Pero eso no es

23 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de defensa, de 26 de enero de 2023, ap. 54.

24 Cfr. EXTEBERRIA GURIDI, J. F.: *Responsabilidad penal del árbitro y de las instituciones arbitrales-Algo más que una ficción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

25 STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4: “[...] desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente”.

26 Sobre la “controversia” en la jurisdicción voluntaria, cfr. BUCHHALTER MONTERO, B.: “Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794, 2022, pp. 3079 y ss. (en especial pp. 3094 y ss.).

27 El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de defensa, de 26 de enero de 2023, ap. 20.

suficiente: al correcto apunte del CGPJ y al ámbito de aplicación que prevé la LO 5/2024 hay que agregar otras circunstancias que han quedado excluidas.

En ese sentido, la LO 5/2024, parcialmente sensible en cuanto a la defensa en el ámbito judicial y administrativo, ha ignorado la defensa ante el Parlamento. Por una parte, el Parlamento como órgano normativo puede lesionar el derecho fundamental de defensa. Así sucedería, por ejemplo, si las Cortes Generales promulgaran una Ley de tasas judiciales que excediera los términos que el TC ha ido delimitando con los años y que, por tanto, fuera disuasoria. Si el derecho de defensa comprende el derecho acceder a los Tribunales (*cf.* art. 3.2 fr. I LO 5/2024) parece claro que el legislador puede vulnerar aquel imponiendo tasas²⁸ o depósitos para recurrir desproporcionados²⁹ (aunque esto no sea ya *defensa* propiamente, sino derecho al recurso). De tal manera, el legislador dificultaría de tal manera el acceso a los Tribunales que terminaría por vulnerar el derecho de defensa. Y nada excluye, por otro lado, que una LO de desarrollo del derecho de defensa pudiera ser tan mala que no quedara más remedio que tenerla por lesiva (ella misma) del derecho fundamental de defensa. Es decir, una buena LO de desarrollo del derecho de defensa es una suerte de *self-restraint* del Parlamento, que, delimitándolo correctamente, se abstiene de lesionar.

Pero, en segundo término y más frecuentemente que lo anterior, también el Parlamento como órgano no-normativo puede lesionar el derecho de defensa. En ese sentido, la investigación parlamentaria (art. 76.I CE) es un contexto habitual en el que la lesión del derecho de defensa no queda excluida. Así lo acredita la jurisprudencia del TC, que ha reconocido lesiones del derecho al honor o del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal³⁰. A esas lesiones ya declaradas *erga omnes* hay que añadir otras tantas que suceden en la práctica como, por ejemplo, cuando los parlamentarios -en desbocado ejercicio del *ius in officium*- revelan informaciones sujetas al secreto de sumario o perjudican la estrategia de defensa de quien, además de comparecer ante la Comisión, es investigado en un proceso penal (y de ahí que algunos autores hayan puesto de relieve la necesidad de reconocer, normativamente, un elenco de garantías y defensas a quien está afectado por la investigación parlamentaria)³¹. Pero a las Comisiones de investigación hay que añadir otras tantas instituciones parlamentarias penalmente relevantes como el suplicatorio o la iniciativa acusatoria del art. 102.2 CE. En ese contexto son plausibles lesiones del derecho de defensa que, si uno se restringe al tenor de la LO 5/2024, quedarían huérfanas de reparación, salvo que

28 STC 140/2016, de 21 de julio.

29 STC 3/1983, de 25 de enero.

30 *Cfr.* STC 133/2018, de 13 de diciembre; y STC 77/2023, de 20 de junio.

31 *Cfr.*, en general: BUCHHALTER MONTERO, B.: "Las garantías del proceso penal en la investigación parlamentaria", en AA.VV.: *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 599 y ss.

se hicieran valer derechos de defensa por otras vías respetables como la analogía o la aplicación directa de la jurisprudencia del TC o del TEDH.

VI. DERECHO DE DEFENSA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Más allá de lo anterior, el art. 3.3 fr. 2 LO 5/2024 ha extendido el derecho de defensa al procedimiento administrativo sancionador en los siguientes términos:

“En las causas penales, el derecho de defensa integra, además, el derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y a la doble instancia, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Estos derechos resultarán de aplicación al procedimiento administrativo sancionador y al procedimiento disciplinario, especialmente en el ámbito penitenciario, de acuerdo con las leyes que los regulen”.

Aunque esta decisión legislativa no es novedosa en el contexto jurisprudencial, sí adviene con ciertas dificultades: la norma establece que aquellos derechos “resultarán de aplicación al procedimiento administrativo sancionador”, pero nada prevé respecto de su adaptación específica³². Algunos autores han mantenido, a ese respecto, que no corresponde a la LO 5/2024 regular las “singularidades que los principios y derechos del proceso penal adquieren en los procesos administrativos sancionadores y disciplinarios”³³. Pero de no ser así, sería complejo de entender qué pretende de nuevo la LO 5/2024. Aun así, al margen de eso, una interpretación sistemática del art. 3.3 en relación con el art. 3.3 LO 5/2024 conduce a pensar que tales derechos rigen en su *totalidad* en el procedimiento administrativo sancionador. Esta decisión de la LO 5/2024 no es compatible, sin embargo, con la doctrina del TC al respecto. Éste ha puesto de relieve, ya desde antiguo, que tales derechos rigen con las debidas modificaciones:

“[...] los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que

32 Eso no impide reconocer algunos autores para los que algunos de estos derechos (ser informado de la acusación, no declarar contra uno mismo o no confesarse culpable, “son de aplicación exclusiva en el proceso penal”: MORENO CATENA, V., “Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales”, *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, p. 21. Ya se ha visto que esa postura ha quedado, sin embargo, descartada.

33 ARNAIZ SERRANO, A., “El derecho de defensa...”, cit., p. 43.

se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución”³⁴.

Pero la dificultad que ahora plantea el nuevo texto es: ¿ha querido suprimir de alguna manera la LO 5/2024 esas debidas adaptaciones, extendiendo notablemente el ámbito de aplicación de la defensa en los procedimientos administrativos sancionadoras? Aunque podría intentarse una respuesta general o dogmática, nosotros preferimos restringirnos ahora a un estudio de la cuestión respecto ciertos derechos en concreto (*cf. infra*). Antes de comenzar ese análisis es necesario, sin embargo, hacer notar algunas oscuridades de la LO 5/2024 respecto del concepto “Administración Pública”. En primer término, no son claras las autoridades ante las que es posible hacer valer el derecho de defensa. Mientras algunos preceptos (arts. 3.5 y 3.7 LO 5/2024) se refieren tanto a las Administraciones Públicas como a los órganos judiciales, en otros la expresión más genérica de “poderes públicos” (arts. 6.1, 14 y 17 LO 5/2024) deriva en confusión. La complejidad se agudiza si se atiende a la difícil estructura del sector público español. Es decir, desde una interpretación más bien restrictiva se podría llegar a la conclusión de que por “Administraciones Públicas” hay que entender los órganos de la Administración General del Estado (Título I de la Ley 40/2015). Un sentido más amplio conduce a identificar esas Administraciones con el “sector público” definido en el art. 2 de la Ley 40/2015 que abarca no solo a la Administración General del Estado, sino también a las autonómicas, locales y al sector público institucional. Aunque, como se ha dicho ya, la indefinición plantea dudas sobre el alcance real del derecho de defensa frente a la Administración³⁵, lo más coherente es pensar que todo el Estado vinculado por el derecho de defensa (como deriva, por otra parte, del art. 53.1 fr. 1 CE).

Examinemos, entonces, algunos derechos en particular.

I. Presunción de inocencia.

La presunción de inocencia, que rige también frente a la Administración (tanto como regla de juicio como regla de tratamiento) supone -en lo que ahora interesa- que la atribución de la posible comisión de un ilícito administrativo debe fundarse en evidencia sólida. Está reconocido el derecho a la presunción de inocencia, de manera expresa, en el art. 53.2.b) de la Ley 39/2015. De ahí se sigue que corresponde a la Administración demostrar la responsabilidad del infractor, que no está obligado a acreditar su inocencia. Y supone aquel derecho, de la misma manera, que cuando la prueba presentada es insuficiente, el órgano sancionador

³⁴ STC 18/1981, de 8 de junio.

³⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “El derecho de defensa ante las Administraciones Públicas”, *Diario La Ley*, núm. 10656, 2025, s/p.

no está legitimado para el castigo. La vigencia de este derecho ya había sido reconocida en el ámbito del derecho administrativo sancionador tempranamente por el TC:

“[...] el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sólo que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional”³⁶.

La dificultad que adviene con la LO 5/2024 es determinar si lo que pretende es extender el intenso derecho a la presunción de inocencia que rige en el proceso penal a todo el procedimiento administrativo. Si así fuera, lo que parece sugerir el art. 3.3 LO 5/2024, la Administración Pública se verá obligada a extremar sus esfuerzos para imponer una sanción. Esto no parece compatible, sin embargo, con su obligación de ser eficaz y haría, superfluo, quizás, un sistema de revisión judicial tan amplio como el español.

2. Prohibición de indefensión.

El derecho a la defensa comporta, igualmente, la prohibición de indefensión (art. 24.2.I CE). Para el procedimiento administrativo, esta prohibición estaba reconocida, de alguna manera, en los arts. 48.2 y 112.I.I Ley 39/2015. El TC ha tenido ocasión de ocuparse, en particular, de la prohibición de indefensión en relación con la notificación debida del inicio del procedimiento sancionador. En ese sentido, la STC 175/2007, de 23 de julio, estimó lesivo del derecho de defensa una sanción impuesta sin haber notificado personalmente al interesado (FJ 4). En aquella resolución, el TC había puesto de relieve que “el ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento”³⁷. Solo con ese presupuesto está el interesado en condiciones de defenderse y solo de esa manera puede la Administración seguir un procedimiento compatible con el Estado de Derecho, es decir, uno en que “el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su derecho convenga”³⁸.

A este respecto no ha aportado la LO 5/2024 nada concreto, más allá de la reiteración de que aquel derecho rige frente a la Administración. En ese sentido, no puede soslayarse que una notificación defectuosa no implica, necesariamente, la nulidad del procedimiento. Por ejemplo, cuando el afectado se ha personado

36 STC 13/1982, de 1 de abril, FJ 2.

37 STC 175/200, de 23 de julio, FJ 4.

38 STC 175/200, de 23 de julio, FJ 4.

en el procedimiento y ha realizado actuaciones que demuestran conocimiento de la resolución defectuosamente notificada, no es posible entender que aquellas irregularidades suponen indefensión alguna. El destinatario ha tomado conocimiento efectivo de la decisión administrativa y ha podido reaccionar en consecuencia. Ese, además, el sentido del art. 166.2 LEC y, con claridad, del art. 40.3 de la Ley 39/2015. Con eso parece claro que la LO 5/2024 no ha ofrecido ninguna innovación patente en esa materia, que parecía ya clara tanto legal como jurisprudencialmente.

3. Derecho a no autoincriminarse.

Los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2.II CE, son garantías esenciales en el procedimiento administrativo sancionador. Están reconocidos de manera expresa por el art. 3.3 LO 5/2024, aunque la jurisprudencia constitucional ya había afirmado su vigencia también en el procedimiento administrativo sancionador³⁹. Especialmente relevantes son las tensiones que se suscitan respecto de procedimientos administrativos y los deberes de colaboración de los interesados. En ese sentido, la conocida STC 76/1990, de 26 de abril, había puesto de relieve que la colaboración del interesado en un procedimiento no supone un reconocimiento de culpabilidad, sino el cumplimiento de un deber legal. Es decir, cuando el contribuyente -por ejemplo- aporta o exhibe documentos contables no estaría realizando ninguna manifestación de voluntad ni emitiendo una declaración de voluntad que exteriorice su culpabilidad⁴⁰.

Esta conclusión solo es sostenible, sin embargo, desde una interpretación ya anticuada y excesivamente literalista del *nomen* de los derechos a permanecer en silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Desde esa perspectiva se ha podido entender posible la coacción al sujeto pasivo de una indagación a realizar conductas inculpatorias, siempre que no consistan en declarar. Y efectivamente, para la STC 103/1985, de 4 de octubre, el deber de someterse a la prueba alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, pues “no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido [...] sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia [...]” (F) 3). También el TEDH ha admitido que el derecho a no declarar contra uno mismo no se extiende en el proceso penal al uso

“[...] of material which may be obtained from the accused through recourse to compulsory powers but which has an existency independent of the will of the

39 STC 197/1995, de 21 de diciembre.

40 STC 76/1990, de 26 de abril.

suspects, such as documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of the DNA testings”⁴¹.

Es decir, sería legítima la posibilidad de exigir la autoinculpación, siempre que no suceda a través de una *declaración*. Un entendimiento tal de estos derechos (vivo en la doctrina⁴²) pudo encontrar sustento en épocas históricas en que las posibilidades de compeler a alguien a autoinculparse no excedían de obligar a declarar (pues, evidentemente, no era posible obligar a realizar pruebas de alcoholemia o análogas). Las posibilidades que hoy asisten al Estado para obligar a autoinculparse son mucho más amplias y, si se quiere respetar la vigencia de este derecho como espacio de libertad frente al Estado, debe extenderse la tutela también respecto de estas nuevas potestades que la técnica ha concedido al Estado⁴³.

Lo que pretende el Derecho es garantizar que el sujeto pasivo de una indagación (de la naturaleza que sea) no se vea obligado a autoinculparse, es indiferente si esto debe suceder *declarando, haciendo o no haciendo*⁴⁴. Lo que garantiza el Derecho es, en el plano procesal, la natural *voluntad de (sobre)vivir* y de no perjudicarse⁴⁵. Por tanto, no verse compelido (física o psíquicamente) a lesionar la propia persona, contraviniendo un sentimiento de autoprotección inherente al ser humano. La cláusula del art. 520.6.c).II LECrim debe estimarse, por tanto, contraria a la CE: si la extracción forzosa de sangre para salvar otra vida es admitida mayoritariamente como una práctica contraria a la dignidad humana⁴⁶, ¿cuál podría ser el sustento que justificara la extracción forzosa de cualquier otra sustancia para cualquier otro fin? En ese contexto, la LO 5/2024 no ha introducido mejoras significativas palpables. Hubiera sido deseable, en ese sentido, que la norma ofreciera algún anclaje para distinguir la vigencia de estos derechos cuando se trata de colaborar con la Administración. Una regulación más detallada habría

41 *Guide on Article 6-Right to a fair trial (criminal limb)*, European Court of Human Rights, Francia, 2022, p. 42. También: STEDH de 24 de junio de 2021 (Hasáliková c. Eslovaquia), § 58.

42 Cfr. FUENTES SORIANO, O.: “El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso”, *Revista General de Derecho procesal*, núm. 46, 2018, p. 17; o REBOLLO VARGAS, F.: “Controversias sobre la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016”, en FREIXES, T. (coord.): *Garantías del Proceso Debido y Unión Europea – Implicaciones para los ordenamientos internos*, Agencia BOE – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 113.

43 Sobre esa misma circunstancia, respecto de la búsqueda de medios de investigación adecuados a la realidad, advierte ASENSIO MELLADO, J. M.: “Prueba ilícita: declaración y efectos”, *Revista General de Derecho procesal*, núm. 26, 2012, p. 2.

44 LUNA RODRÍGUEZ, R.: *El derecho a la no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, Tes. Doc. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p. 310.

45 Cfr. TEIXEIRA, A.: “Der nemo-tenetur-Grundsatz und außerstrafrechtliche Mitwirkungspflichten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 135, 2023, pp. 262 y ss. Trazable esa idea, también, en Hobbes (aunque no con ese contenido *natural*): FRICK, M. L.: “Der nemo-tenetur-Grundsatz als Ausfluss des Widerstandsrechts bei Thomas Hobbes”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, Núm. 3, 2023, pp. 146 y ss.

46 Es contraria a la dignidad humana en la medida en que supone una instrumentalización o una degradación del ser humano a mero objeto de la actividad estatal.

proporcionado seguridad jurídica tanto para los ciudadanos como para la propia Administración.

VII. DERECHO DE AUDIENCIA.

Atención merece, por otro lado, el art. 7.1 LO 5/2024, que reconoce el derecho de audiencia en los siguientes términos:

“Las personas cuyos derechos e intereses legítimos pudieran resultar afectados por la decisión que se adopte tienen derecho, antes de que se dicte la resolución, a ser oídas, a formular alegaciones, a aportar documentos y a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con la normativa aplicable al procedimiento”.

Aunque el último inciso del precepto (“[...] de acuerdo con la normativa aplicable al procedimiento”) pudiera conducir a restringir el ámbito del derecho de audiencia, es loable que de manera expresa haya sido reconocido. En ese sentido, la audiencia deja de ser un principio de larga tradición (*nemo debet inaudito damari*)⁴⁷ para asumir su entera condición de derecho fundamental, tutelable en amparo constitucional. Es cierto que, al margen del reconocimiento, el precepto no aporta particularmente nada. Por una parte, los titulares del derecho de audiencia son amplios (todo aquel cuyo derecho o interés legítimo pueda ser afectado). Por otra parte, los derechos que reconoce el art. 7.1 LO 5/2024 están supeditados a la “normativa aplicable al procedimiento”. Aun así, la mención expresa a la audiencia, reconocida como derecho fundamental, es saludable para el Estado de derecho.

VIII. OTRAS CUESTIONES.

Al margen de lo anterior, hay otras dos cuestiones que merecen atención en la LO 5/2024: por una parte las reglas interpretativas y, por otra parte, los amplios deberes de provisión de documentos.

I. Reglas interpretativas.

La fr. 2 del art. 3.6 LO 5/2024 prevé la clásica norma de interpretación *favor libertatis* de los derechos fundamentales:

“El ejercicio del derecho de defensa estará sujeto al procedimiento legalmente establecido. Cualquier duda sobre su interpretación y alcance se resolverá del modo más favorable al ejercicio del derecho. En particular, cualquier trámite de audiencia debe convocarse con un plazo de antelación razonable, y se reconoce a

⁴⁷ Se trata del antiquísimo principio de audiencia. Con la formulación latina transcrita está presente en STS (Sala de lo Civil) 51/1944, de 19 de febrero, cons. 5; STS (Sala de lo Civil) 178/1965, de 6 de marzo, cons. 1; y STS (Sala de lo Civil) 24/1994, de 26 de enero, FJ 4.

los jueces y tribunales, así como a los órganos administrativos, que puedan ampliar motivadamente los plazos señalados, salvaguardando la igualdad de armas entre las partes”.

Aunque el precepto, que positiviza la interpretación *favor libertatis*, es laudable, plantea a la vez dificultades de delimitación. Es decir, la interpretación que es favorable para una parte puede no serlo para la otra (ambas igualmente titulares del derecho de defensa)⁴⁸. Así deriva con claridad, por ejemplo, del art. 2.2 CP o del art. 164.III LECrim. Este último prevé que la “determinación de cuáles sean los dos pareceres [de los integrantes de los órganos colegiados] más favorables al procesado se hará a pluralidad de votos”. De ahí se sigue, entonces, que en el debate interno entre los Magistrados puede haber discusión sobre cuándo es favorable una norma y, por tanto, deben rechazarse los automatismos: aunque a primera vista una norma puede ser restrictivamente interpretada para el investigado (por ejemplo), puede ser favorable para otro interviniente en el proceso. Y si el principio de igualdad es elemento esencial de la LO 5/2024 (aps. 4 y 6 del art. 3), una interpretación que favoreciera a una de las partes procesales (por ocupar una u otra posición) sería contraria a la CE, salvo que creyéramos que se está tratando de manera desigual lo que es desigual. Un ejemplo procesal que ha sido presentado en otro trabajo puede ser de ayuda:

“Tomemos como ejemplo el art. 164.e) del Código de 2014 [procesal penal federal argentino] que establece lo siguiente: “Si la víctima estuviera imposibilitada de comparecer [...] por residir en un lugar distante a la sede del tribunal [...] se podrá realizar el acto a través de videoconferencias”. Víctima es, según el art. 79 del Código, tanto la “persona ofendida directamente por el delito” como, entre otros, el “cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores [...] en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieron tal vínculo [...]”.

Supongamos que A (víctima) y B (su pareja) llevaban compartiendo su vida 40 años, aunque sin convivir. Una interpretación literal y restrictiva de ambos preceptos, excluida también la analogía, impediría que B declarase por videoconferencia en el proceso que se siguiera contra el asesino de A. Y aunque esto supondría un beneficio para el acusado (que no contaría en su haber este testimonio perjudicial), es una injusticia notable respecto de B. Por tanto: lo que puede ser favorable para el acusado, puede no ser favorable para otro interviniente en el proceso, de manera que prohibir generalmente estas interpretaciones es

48 Lo hace notar, MORENO CATENA, V.: “Sobre el derecho de defensa...”, cit., p. 21, que concibe la defensa como “una garantía general, que alcanza y ampara a todas las partes del proceso, intentando evitar que de derecho o de hecho se encuentren impedimentos o dificultades para sostener sus respectivas posiciones, sus argumentos o sus pretensiones [...]”.

coartar sin justificación el margen de decisión del Juez (en cuyo buen hacer, se supone, confiamos los ciudadanos)”⁴⁹.

Es decir, este mandato de interpretación amplia únicamente cobra sentido cuando en el procedimiento solo interviene *un* titular de derechos fundamentales: porque el Estado, el Juez, podrá interpretar ampliamente su derecho sin perjudicar el de otro. Ahora bien, cuando concurren en un mismo procedimiento dos partes (víctima y acusado, por ejemplo) la interpretación favorable para uno es perjudicial, quizás, para el otro.

Pero dada la ambigüedad en la redacción y la extensión de este art. 3.6 LO 5/2024, también es posible entender que su propósito es garantizar que las interpretaciones legales favorezcan la efectividad del derecho de defensa, evitando que cuestiones procesales obstaculicen su ejercicio. En ese sentido, el principio *pro actione*, que subyace en esta regla interpretativa, está vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. Tal como señala la STC 11/2009, de 12 de enero, este principio impide “que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida” (FJ 1). Eso no supone, como ha advertido el TC, seleccionar siempre la interpretación más favorable, sino hacer prevalecer una aplicación proporcional de las normas procesales para evitar que un formalismo excesivo impida una resolución de fondo. No parece claro, entonces, qué ha aportado exactamente la LO 5/2024 a ese respecto.

2. Deberes de provisión de información y documentos.

Un último precepto que merece ahora atención es el art. 6.4 LO 5/2024, que dispone -en lo que ahora interesa- lo siguiente:

“En el ejercicio del derecho de defensa ante los tribunales, se podrá, con auxilio judicial, requerir a personas, administraciones públicas o instituciones privadas, la información o documentos que se precisen en los casos, por los procedimientos y con las limitaciones establecidas por la ley [...]”.

El precepto suscita algunos inconvenientes, pues al remitirse a los “procedimientos” y a las “limitaciones establecidas por la Ley”, mengua su relevancia. Por una parte, no parece claro qué es lo que aporta la norma, más allá de una reiteración de otras disposiciones: del tenor mismo deriva que el requerimiento sucede a instancia de parte (de lo contrario no tendría sentido

49 Cfr. BUCHHALTER MONTERO, B.: “El Código Procesal Penal Federal de Argentina desde la perspectiva española”, *Justicia-Revista de Derecho procesal*, núm. 2, 2024, pp. 217 y ss.

el sintagma “con auxilio judicial”). Con eso, el precepto no excede de lo que ya prevén los arts. 328.I y 330.I.I LEC:

“Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba” (art. 328.I LEC). “Salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia” (art. 330.I.I LEC).

Y en ese sentido, aunque la LEC ya prevé las consecuencias jurídicas para la negativa *de parte* de exhibir los documentos (art. 329 LEC), nada hay previsto cuando la negativa es del tercero. Algunos autores han mantenido que frente a esa actitud del tercero sería posible una eventual entrada y registro en dependencias del tercero, fundamentada en el deber general de colaborar con la Administración de Justicia (art. 118 CE)⁵⁰. Y aunque esa solución está prevista por otras normas para otros contextos (art. 261.2.ª LEC), no es posible en el caso que nos ocupa. Lo indeterminado del art. 118 CE impide que el futuro requerido pueda conocer *ex ante* lo que se puede esperar de él y, por tanto, la norma no es lo suficientemente clara como para basar una restricción tal del derecho fundamental a la intimidad personal o a la inviolabilidad del domicilio. Si tenemos en consideración que la propia LEC no admite la entrada y registro cuando el destinatario de una medida de acceso a fuentes de prueba lo impide (art. 283 *bis* h) LEC), nada parece justificar ahora una solución distinta, sobre todo cuando la Ley nada dispone⁵¹. La LO 5/2024 ha perdido, entonces, una buena ocasión para regular las consecuencias de esta falta de colaboración del tercero al que ahora se puede requerir no ya solo con base en la LEC, sino en la nueva LO 5/2024.

La única solución plausible frente al tercero que no exhibe el documento requerido (bajo la LEC o bajo la LO 5/2024) es deducir testimonio para que se persiga un posible delito de desobediencia, que es lo que insinúa el art. 283 *bis* h).I LEC. Pero no es perceptible ninguna norma que tolere otra solución: ni las medidas del art. 283 *bis* h).I a)-d) LEC pueden extenderse por analogía (*in malam partem*), ni tampoco hay norma que habilite para la entrada y registro ni, por último, hay precepto que permita atribuir una consecuencia procesal (admisión tácita o allanamiento, como sucede en el art. 329 LEC) a una conducta materialmente desvalorada (art. 556.I CP). Aunque los arts. 287.I LEC y 11.I fr. 2

50 GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Derecho procesal civil-Materiales para el estudio*, 6.ª ed., 2024, p. 317. Disponible online en: <https://acortar.link/6Z8uHk>

51 Es cierto que el art. 283 *bis* g).3 LEC prevé una solución tal pero no para los supuestos en que haya oposición del requerido, sino en general. Sin embargo, su aplicación a un supuesto distinto del regulado se topa con la prohibición de analogía *in malam partem*.

LOPJ sí conocen en nuestro Derecho esta vinculación entre desvalor material y proceso, estas normas se restringen a la prueba (obtención, práctica y valoración) y no se extienden, por tanto, a la desobediencia del tercero que no exhibe los documentos.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Aunque la parte dogmática de la LO 5/2024 (arts. 1 a 12) es bienintencionada, no logra llenar más que una apreciable función simbólica: a través de ella, el Estado expresa su intención de valorar el derecho de defensa (como poder jurídico y como garantía objetiva), pero no aporta nada particularmente reseñable a su régimen jurídico. La mayoría de las disposiciones son reiteración de jurisprudencia consolidada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Las dificultades advienen, además, cuando la repetición agrega divergencias que causan problemas de interpretación: por ejemplo, ¿con qué amplitud ha pretendido la LO 5/2024 reconocer los derechos fundamentales del proceso penal en el procedimiento administrativo sancionador? Tampoco queda particularmente claro por qué la LO 5/2024 se ha propuesto cumplir una finalidad divulgativa (hacer conocer el derecho de defensa a sus titulares) ni tampoco por qué soslaya su sentido prestacional. Apreciable es, por otra parte, que la LO 5/2024 haya reconocido de manera clara el derecho de audiencia como esencia no solo del derecho subjetivo de defensa, sino como garantía básica de cualquier procedimiento estatal (administrativo, judicial o parlamentario). Por otra parte, las reglas interpretativas que contiene la LO 5/2024 causan ciertas oscuridades cuando en el procedimiento en cuestión confluyen dos titulares del derecho de defensa (lo que es interpretación favorable para uno puede no serlo para el otro). Y, finalmente, la LO 5/2024 ha perdido la oportunidad de concretar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes de colaboración y provisión de documentos que ya contenía la LEC y que, ahora, solo repite el nuevo texto.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M.: "La actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal: rasgos y riesgos", *Justicia: Revista de Derecho procesal*, núm. 2, 2023.

ALFONSO RODRÍGUEZ, A. J.: "Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa", *Revista de Derecho-UNED*, núm. 25, 2019.

ARNAIZ SERRANO, A.: "El derecho de defensa no cabe en una norma-Desafíos de la Ley Orgánica del derecho de defensa", *Revista General de Derecho procesal*, núm. 65, 2025.

ASENCIO MELLADO, J. M.: "Prueba ilícita: declaración y efectos", *Revista General de Derecho procesal*, núm. 26, 2012.

BUCHHALTER MONTERO, B.:

- "El Código Procesal Penal Federal de Argentina desde la perspectiva española", *Justicia -Revista de Derecho procesal*, núm. 2, 2024.
- "La asistencia jurídica gratuita en Alemania (*Prozesskostenhilfe*) y algunas propuestas de mejora para España", en HERRERO PEREZAGUA, J. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (dirs.): *La justicia tenía un precio*, Atelier, Barcelona, 2023.
- "Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794, 2022.

BURGHART, A.: *Die Pflicht zum guten Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

CAAMAÑO, F.: "El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000.

FRICK, M. L.: "Der nemo-tenetur-Grundsatz als Ausfluss des Widerstandsrechts bei Thomas Hobbes", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, núm. 3, 2023.

FUENTES SORIANO, O.: "El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso", *Revista General de Derecho procesal*, núm. 46, 2018.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Derecho procesal civil-Materiales para el estudio*, 6.^a ed., 2024.

Guide on Article 6-Right to a fair trial (criminal limb), European Court of Human Rights, Francia, 2022.

LUNA RODRÍGUEZ, R.: *El derecho a la no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, Tes. Doc. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

MORENO CATENA, V.: "Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales", *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010.

RADTKE, H.: "Art. 103 GG", en AA.VV.: *BeckOK Grundgesetz*, C. H. Beck, München, 2023.

REBOLLO VARGAS, F.: "Controversias sobre la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016", en FREIXES, T. (coord.), *Garantías del Proceso Debido y Unión Europea-Implicaciones para los ordenamientos internos*, Agencia BOE – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "El derecho de defensa ante las Administraciones Públicas", *Diario La Ley*, núm. 10656, 2025.

TEIXEIRA, A.: "Der nemo-tenetur-Grundsatz und außerstrafrechtliche Mitwirkungspflichten", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 135, 2023.

GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA (COMENTARIO A
LA INSTRUCCIÓN DE LA DGSJFP DE 28 DE ABRIL DE 2025)

*SUBROGATED GESTATION IN SPAIN (COMMENTARY TO THE
DGSJFP INSTRUCTION OF APRIL 28, 2025)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 616-635

Vicent Josep
SORRENTÍ
COSTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: En este trabajo se analiza la cuestión relativa a la gestación subrogada en España; y ello al amparo de la reciente Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025, que supone un giro de 180 grados en la posición mantenida hasta el momento por el Centro Directivo, alineándose de esta forma con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada; nulidad contractual; dignidad y libre desarrollo de la personalidad; orden público.

ABSTRACT: *This paper analyzes the matter of surrogacy in Spain, under the recent Instruction of the General Directorate of Legal Security and Public Faith of April 28, 2025, which represents a 180-degree turn in the position held until now by the Executive Center, thus aligning itself with the jurisprudential doctrine of the Supreme Court.*

KEY WORDS: *Surrogacy; contractual nullity; dignity and free development of personality; public order.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- I. Concepto y clasificación.- 2. Reconocimiento de la filiación en España.- III. POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS 4 DICIEMBRE 2024 Y 25 MARZO 2025.- I. STS 4 diciembre 2024.- A) *El contrato de gestación por sustitución y la sentencia extranjera.*- B) *La denegación de la demanda de exequátur del Juzgado de Primera Instancia y la confirmación del auto por la Audiencia Provincial.*- C) *Razones alegadas por el recurrente en el recurso de casación.*- D) *Decisión adoptada por el Tribunal Supremo.*- 2. STS 25 marzo 2025.- A) *El contrato de gestación.*- B) *Íter procesal.*- C) *Las razones del Tribunal Supremo.*- IV. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGSJFP DE 28 ABRIL DE 2025.- V. NUESTRA OPINIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

El BOE del 1 de mayo de 2025 publicó la Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP)¹, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución. A través de la misma se dejan sin efecto las anteriores Instrucciones de 5 de octubre de 2010² y 18 de febrero de 2019³, lo que supone un giro de 180 grados en la posición que, hasta la fecha, venía manteniendo la Dirección General, distinta a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Entendemos que este nuevo posicionamiento clarifica la cuestión, al alinearse con la posición mantenida por el Alto Tribunal que, a su vez, sigue, por razones obvias, el criterio sostenido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del mecanismo constitucional previsto en el art. 10.2 CE, en lo que respecta a la interpretación de los derechos y libertades fundamentales.

En el presente estudio analizamos, entre otras, la STS 4 diciembre 2024 del Pleno de la Sala Primera⁴, que trata la cuestión relativa a la gestación subrogada o vientre de alquiler; y ello porque la propia resolución de 28 de abril de 2025 se refiere a la misma para justificar el cambio de criterio, de lo que debemos congratularnos, al evitarse de este modo interpretaciones diversas, garantizándose así una mayor seguridad jurídica y, lo que es más importante, un mayor respeto a los derechos fundamentales en juego, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre gestante como del hijo nacido como consecuencia de estas técnicas, prohibidas por nuestro ordenamiento

1 BOE núm. 105, 1 mayo 2025, pp. 58590-58592.

2 BOE núm. 243, 7 octubre 2010, pp. 84803-84805.

3 BOE núm. 45, 21 febrero 2019, p. 16730.

4 ECLI:ES:TS:2024:5879.

• **Vicent Josep Sorrentí Costa**

Doctor en Derecho por la Universitat de València. Profesor de Derecho civil. Defensor universitario de la Universidad Internacional de Valencia. Correo electrónico: vicentjosep.sorrenti@professor.universidadviu.com.

jurídico por así establecerlo el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

La gestación subrogada se inicia en los años ochenta en los EE.UU.⁵. En síntesis y de un modo sencillo, diremos que una mujer renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Además, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, reitera, en el art. 32, la prohibición de esta técnica exista o no contraprestación económica, y se promueven, asimismo, las campañas institucionales respecto a su ilegalidad:

“1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del 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”.

Por otra parte, en el art. 33 de la referida norma, se prohíbe, así mismo, la promoción comercial de la gestación por sustitución en los siguientes términos:

“En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese”.

5 En 1980 se celebró el primer contrato de gestación subrogada tradicional en Louisville, Kentucky, por el que Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de 3 hijos, recibió una compensación económica de diez mil dólares por el servicio. Por tanto, es a partir de esta fecha cuando empieza a recurrirse a esta técnica para la generación de vida humana, no existiendo, tan siquiera, previsión normativa alguna respecto a los sujetos participantes. Vid. CANTORAL DOMÍNGUEZ, K. y RODRÍGUEZ COLLADO, M. DEL C.: “Maternidad subrogada”, en AA.VV.: *La maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, p. 84.

No obstante, pese a las referidas prevenciones legales, se ha denunciado la promoción comercial de estas técnicas⁶, lo que demuestra que nos encontramos ante una temática ciertamente compleja, donde se entremezclan intereses de variada índole, y cuyo debate, lejos de quedar zanjado de forma definitiva, regresa de vez en cuando⁷.

Además de la STS 4 diciembre 2024, traemos a colación también en este estudio la STS 25 marzo 2025⁸, en la misma línea que las anteriores, por ser la última resolución recaída en la materia.

En suma, nos hallamos ante una cuestión sumamente sensible y con muchas aristas, no sólo desde el prisma estrictamente jurídico, sino también en el plano moral⁹. Como ha afirmado el Alto Tribunal de modo tajante: “la maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano”.

Nosotros, aprovechando la Instrucción de 28 de abril de 2025 y las sentencias recientes sobre la cuestión a las que nos hemos referido, vamos a expresar nuestro punto de vista, no sin antes dar algunas pinceladas, aunque sea a vuelapluma, de la llamada gestación por sustitución o maternidad subrogada, si bien este último concepto resulta impreciso, pues no es la maternidad lo que se subroga, sino la gestación¹⁰.

6 Vid. <https://nuevarevolucion.es/denuncia-de-afra-mujeres-a-fiscalia-por-la-promocion-comercial-de-la-gestacion-subrogada-en-espana-siendo-ilegal/> [fecha de consulta: 05/05/2025].

7 Prueba de ello es el caso, muy mediático, de la actriz y presentadora española Ana Obregón, al convertirse en “madre” a los 68 años por gestación subrogada; proceso que llevó a cabo en Miami, Estados Unidos, donde sí que está permitida y regulada. Vid. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65184498> [fecha de consulta: 05/05/2025]. Para OCHOA RUIZ: “El hecho de que en los últimos años un buen número de personas famosas hayan acudido a la gestación por sustitución para tener hijos ha producido, además, un efecto imitación, que se ha traducido en demandas de legalización de esta práctica”. Vid. OCHOA RUIZ, N.: “La creación de nuevos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso de la maternidad subrogada”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (editor, Adolfo Lucas Esteve), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 176. Precisamente al hilo del caso traído a colación, se pregunta ESTELLÉS PERALTA si existe un pretendido “derecho a la abuelidad”, concluyendo que “no hay un derecho a ser abuelo como no hay un derecho a ser padre o madre. No hay derecho a vulnerar la dignidad y derechos de otros para satisfacer un interés personal”. Vid. ESTELLÉS PERALTA, P. M^a: “Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: La nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (directora, Pilar María Estellés Peralta; coordinadora, María José Salar Sotillos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 180-181.

8 ECLI:ES:TS:2025:1262.

9 CERVILLA GARZÓN se refiere a la “hipocresía de una sociedad que, si bien se muestra abiertamente contraria a la práctica, no duda en acudir a ella en países donde se encuentra permitida y, posteriormente, solicitar el reconocimiento de efectos de un contrato, expresamente prohibido en nuestra legislación en orden a la filiación de los hijos en España”. En cualquier caso, al decir de esta autora, no puede mantenerse que exista “una demanda social que justifique un debate sobre su implementación”. Vid. CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Prólogo”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: La nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (directora, Pilar María Estellés Peralta; coordinadora, María José Salar Sotillos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 19.

10 Efectivamente, al decir de ROJAS VENEGAS y CIENFUEGOS SALGADO: “La gestante no tiene la voluntad de tener un hijo y asumir el papel de criadora; lo que hace es gestar para que otro sea padre o madre, y sean quienes desarrollen las labores de crianza. Por ello es importante distinguir ambos conceptos, pues como

II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

I. Concepto y clasificación.

Una sencilla definición de la gestación por sustitución es la que nos ofrece el Comité de Bioética de España¹¹: “La gestación subrogada se da cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad”. Por tanto, tres son los actores implicados en esta técnica de reproducción asistida: i) la madre gestante; ii) el hijo o hijos de esta y iii) los comitentes o padres de intención. En función de cómo se consiga el embarazo de la gestante podemos distinguir dos modalidades de gestación subrogada: i) la parcial o tradicional, en la que la gestante también aporta la carga genética -sus propios óvulos para la fecundación-, por lo que su implicación es mucho mayor, al ser la madre biológica o genética del embrión -la técnica de reproducción asistida sería la inseminación artificial con semen del futuro padre o de un donante-; y ii) la completa o gestacional, en la que la gestante no cede sus óvulos para la creación del embrión que va a gestar, sino que la dotación genética proviene de la futura madre o de una donante de óvulos; por tanto, el bebé será biológicamente hijo de los padres intencionales (o de donantes), siendo esta la modalidad más utilizada en la práctica¹².

Por otra parte, también suele hacerse una distinción en función de si existe o no contraprestación económica: i) gestación subrogada comercial, en la que la gestante recibe un precio por el embarazo y el pago de los gastos derivados del mismo y ii) gestación subrogada altruista, en la que la gestante no recibe ningún pago más allá de los gastos derivados del embarazo.

Como se ha comentado con anterioridad, la gestación por sustitución en España está prohibida de conformidad con el art. 10.1 y 2 de la Ley 14/2006: i) nulidad del convenio gestacional y ii) sobre la base del principio *mater semper certa*

empezamos a advertir, hoy, la gestación por sustitución generalmente es conocida como maternidad subrogada, siendo conceptos distintos”. Vid. ROJAS VENEGAS, B. y CIENFUEGOS SALGADO, D.: *El dilema de la concepción humana asistida. Breve análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, p. 66.

11 Vid. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 16 de mayo de 2017, p. 6. <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf> [fecha de consulta: 05/05/2025]. Vid. También la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2023, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto: informe anual 2022, donde en el apartado 63 se dice: “Reitera su condena a la práctica comercial de la gestación por sustitución, un fenómeno mundial que expone a mujeres de todo el mundo a la explotación y la trata de seres humanos, al tiempo que se dirige en particular contra las mujeres vulnerables desde el punto de vista económico y social; destaca sus graves consecuencias sobre las mujeres, sus derechos, su salud y la igualdad de género y subraya sus implicaciones transfronterizas; pide un marco regulador europeo para abordar las consecuencias negativas de la práctica comercial de la gestación por sustitución”. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023IP0011](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023IP0011) [fecha de consulta: 05/05/2025].

12 Vid. <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada/> [fecha de consulta: 05/05/2025].

est, esto es, la madre siempre es conocida, siendo irrelevante que la gestación se lleve a cabo de forma gratuita. La maternidad, en suma, siempre será atribuida, jurídicamente, a la mujer que pare al bebé, a la gestante subrogada, y no a la madre de intención.

2. Reconocimiento de la filiación en España.

En nuestro país, el principal inconveniente de esta técnica de reproducción asistida reside en el reconocimiento de la filiación del niño nacido en el extranjero.

Respecto a esta cuestión y hasta la Instrucción de 28 de abril de 2025 de la DGSJFP, había que tener en cuenta el criterio de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución¹³, con las acotaciones técnicas de la Instrucción de 18 de febrero de 2019¹⁴. A través de ellas se pretendían establecer los criterios que determinasen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida; eran los siguientes:

a) Se tenía que presentar, ante el Encargado del Registro Civil, aparte de la solicitud de inscripción, la resolución judicial extranjera dictada por Tribunal competente en la que se determinase la filiación del nacido¹⁵. Esto sobre la base de lo dispuesto en el art. 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo que, “a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España”¹⁶.

b) La resolución judicial extranjera debía ser reconocida en España a través del procedimiento de *exequátur* contemplado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, salvo que resultare aplicable un Convenio internacional.

13 (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803 a 84805).

14 Esta Instrucción deja sin efecto, a su vez, la *no nata* de 14 de febrero de 2019, que favorecía la prueba de la paternidad biológica a efectos de la inscripción.

15 A los efectos, según el Centro Directivo, de la perfección del contrato, la protección de los intereses del menor y de la madre gestante, especialmente su plena capacidad jurídica y de obrar, así como la validez de su consentimiento.

16 Y así, previo ejercicio (exitoso) de la acción de reclamación de la paternidad (art. 764 y ss. LEC), la madre de intención podrá adoptar al menor con el consentimiento de la gestante, llegando a ser ambos progenitores de intención sus progenitores.

c) En los supuestos en que esa resolución tuviera su origen en un procedimiento asimilable al español de jurisdicción voluntaria, se establecía un control incidental¹⁷.

d) En ningún caso se admitía como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no constase la identidad de la madre gestante.

Por tanto, cumplidos estos requisitos y aún en contra de la taxatividad de la previsión contenida en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, era posible la inscripción de los menores nacidos como consecuencia de la técnica de gestación por sustitución.

Como ha dicho DE VERDA Y BEAMONTE¹⁸, “la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque, en definitiva, está creando una regla general que presta cobertura administrativa a un *turismo reproductivo*, el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10 de la Ley Orgánica 14/2006), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer”. Compartimos este criterio. De hecho, resultaba un tanto incomprensible que, un órgano administrativo al fin y al cabo, mantuviese una posición distinta a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Prueba de ello es que la propia Instrucción de 28 de abril de 2025 cita expresamente, como pretexto del cambio de criterio, la STS 4 diciembre 2024, que ratifica la denegación del reconocimiento de efectos a una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada. Si bien esto es cierto, no debemos olvidar que esta doctrina trae causa, entre otras, de las anteriores resoluciones de 6 de febrero de 2014 y 31 de marzo de 2022¹⁹. Ciertamente trataban supuestos de hecho diferentes, pero todos ellos desembocaban, al fin y al cabo, en la misma cuestión nuclear: la [no] nulidad de pleno derecho del convenio gestacional ex art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Por tanto, no estamos ante un cambio de doctrina del Alto Tribunal, sino ante su propia consolidación.

17 En el que se examinaban: la legalidad del documento judicial extranjero; la determinación de la competencia judicial internacional con criterios análogos a la legislación española; la garantía de los derechos procesales de las partes, especialmente, de la madre gestante; la salvaguarda del interés superior del menor y de la madre gestante (consentimiento libre y sin coacciones) y la firmeza de la resolución, así como la irrevocabilidad de los consentimientos.

18 Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: La nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (directora, María Pilar Estellés Peralta; coordinadora, María José Salar Sotillos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 377-378. CERVILLA GARZÓN se ha referido, a la vista de esta Instrucción y en contraste con la sólida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, a una situación de “total esquizofrenia” y a una “legalización de hecho” de una práctica prohibida en España. Vid. CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Gestación subrogada y dignidad de la mujer”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, p. 35.

19 ECLI:ES:TS:2014:247 y ECLI:ES:TS:2022:1153, respectivamente.

En la STS 31 marzo 2022 se decía: “Esta contrariedad manifiesta [la del contrato de gestación por sustitución al orden público español] deriva no solamente de que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto. Deriva también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte”.

Dicho esto, pasaremos a analizar, por su interés, la STS 4 diciembre 2024, así como la de 25 de marzo de 2025; solo de este modo podremos contrastar, nítidamente, las directrices de la antigua Instrucción de 5 de octubre de 2010 con las nuevas que trae consigo la de 28 de abril de 2025.

III. POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS 4 DICIEMBRE 2024 Y 25 MARZO 2025.

I. STS 4 diciembre 2024.

A) El contrato de gestación por sustitución y la sentencia extranjera.

Los hechos que motivan la sentencia del Tribunal Supremo se remontan a la suscripción, el 4 de diciembre de 2019 en Texas (EE. UU.), de un contrato de gestación por sustitución entre la madre gestante y su esposo por un lado y los “padres de intención” por otra. Este fue validado por sentencia de 23 de julio de 2020 de un juzgado del condado de Béxar, en cuya virtud los demandantes serían considerados, a todos los efectos, los progenitores de cualquier niño al que la codemandada diera a luz en virtud del Acuerdo de Gestación por Sustitución. En la meritada resolución se acordó, igualmente, que el hospital o centro médico en que nacieran cualquier menor objeto de la controversia concediera a los demandantes: i) el derecho inmediato de custodia del menor tras su nacimiento; ii) el derecho de elegir el nombre y; iii) el derecho de tomar cualquier decisión respecto a la salud del menor. Los dos niños fueron inscritos en el Registro Civil de Texas haciéndose constar como progenitores a los demandantes, dictándose otra sentencia posterior de 20 de noviembre de 2020 por la que ese mismo juzgado ratificaba que los actores eran los progenitores, obligando a los demandados a cederles la custodia.

B) La denegación de la demanda de exequátur del Juzgado de Primera Instancia y la confirmación del auto por la Audiencia Provincial.

Interpuesta demanda de exequátur para que se reconocieran los efectos de la última sentencia extranjera en España, el Juzgado de Primera Instancia e

Instrucción núm. I de San Roque, dictó auto de denegación sobre la base de los apartados a) y d) del art. 46.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, esto es, por ser contraria al orden público y resultar inconciliable con una resolución dictada en España. Además, en virtud del art. 10 de la Ley 14/2006, como se ha dicho, los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho; pese a ello, los demandantes siguieron con el proceso, subyaciendo un fraude de ley.

Recurrido en apelación el auto, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó resolución confirmando la decisión de instancia, sobre la base del siguiente argumento: el interés superior del menor debe satisfacerse en el marco del orden público, y no al margen, contraviniéndolo o alterándolo.

C) Razones alegadas por el recurrente en el recurso de casación.

Cuatro son los motivos alegados por el recurrente en el recurso de casación:

1ª) Incongruencia del auto denegando el *exequátur* del Juzgado de Primera Instancia, por entender que la expresión “subyace fraude de ley” en el comportamiento de los recurrentes, está desprovista de elemento probatorio.

2ª) Vulneración del principio de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE, pues al no admitirse la inscripción del nombre y apellidos de los menores en el Registro Civil como hijos de los recurrentes, “les dejaría frente a los terceros en una situación de vulnerabilidad y exposición, dejando al descubierto una circunstancia esencial para su nacimiento, cual es la subrogación de su gestación, que pertenece a su círculo más íntimo de conocimiento, y sobre la que no tienen por qué informar si no lo desean”.

3ª) Vulneración del principio de no discriminación establecido en la jurisprudencia constitucional, en este caso, por razón de la nacionalidad estadounidense de los menores, al corresponder a las autoridades españolas disponer de todos los medios a su alcance para que no sufran discriminación por tal razón respecto a su derecho a ser inscritos con nombres y apellidos según su paternidad.

4ª) Por último, al denegarse el reconocimiento de la resolución extranjera, no se respeta el principio superior de protección de los menores.

D) Decisión adoptada por el Tribunal Supremo.

En primer lugar y respecto a la incongruencia, se desestima, al entender la Sala, entre otras razones -vicio procesal que debería haberse alegado en un recurso extraordinario por infracción procesal y no en un recurso de casación-,

que calificar la conducta de los demandantes como un “fraude de ley” es una valoración jurídica y no un hecho. Y porque el motivo no contiene argumento alguno dirigido a combatir la *ratio decidendi* de la resolución, que no es otro que denegar el reconocimiento por ser contraria al orden público.

En segundo lugar y en relación con la vulneración del art. 10.I CE, el razonamiento es, obviamente, más complejo, cimentándose sobre el respeto al orden público. Lo sintetizamos en los siguientes apartados.

Para el TS, “lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud de acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté *validado* por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial... El futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar al comitente o comitentes”. En consecuencia, la filiación nunca puede quedar determinada por un contrato.

A mayor abundamiento, “los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15), y el respeto a su dignidad (art. 10.I), integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. La maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada. Y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes”²⁰.

20 En términos similares, *vid.* STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247) : “... en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, *cosificando* a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de *ciudadanía censitaria* en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”. Y en relación con esta sentencia, ATS 2 febrero 2015 (ECLI:ES:TS:2015:335) por el que se resuelve el incidente de nulidad de actuaciones frente a dicha sentencia. Asimismo, por si quedaba alguna duda, STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153): “En nuestra anterior sentencia de pleno 835/2013, de 6 de febrero, y en el posterior auto de 2 de febrero de 2015 que desestimó la solicitud

Por tal motivo, entiende la Sala que no nos encontramos ante un conflicto de leyes que deba ser resuelto por la norma conflictual en cuestión, sino que deberá acudir a la técnica jurídica del reconocimiento, que no podrá ser contrario al orden público español.

La posición mantenida por la Sala es acorde a la doctrina jurisprudencial del TEDH, en el sentido que las disposiciones del art. 8 CEDH “no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar” -sentencia de 24 de enero de 2017, caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia-.

Por último, trayendo a colación lo dispuesto en los considerandos introductorios y el art. 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, exigen que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño, sin mediar pago o contraprestación, lo que choca con el asunto tratado, pues la gestación subrogada “constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero, que en parte va a la madre gestante, por lo que el consentimiento de esta, prestado antes del parto, ha sido mediante pago o compensación de algún tipo”.

En tercer lugar, no existe vulneración del principio constitucional de no discriminación atendiendo a la nacionalidad estadounidense de los menores y la imposibilidad de ser inscritos con nombre y apellidos según su paternidad, pues el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida dice: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Es más, advierte la Sala que, si el nacimiento se hubiera producido en España, la conducta de los demandantes podría encajar en el tipo penal previsto en el art. 221.I CP²¹.

En cuarto y último lugar y por lo que respecta al principio del interés superior del menor -concepto jurídico indeterminado-, entiende la Sala que “la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia”. Y así, concluye

de nulidad de dicha sentencia, sostuvimos que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era contraria (manifestamente contraria, podemos precisar) al orden público español”.

- 21 Que expresa: “Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.

que “la protección del interés de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de Texas, sino que habrá que partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores”, es decir, “estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar”.

Se plantea de este modo el TS la posibilidad -en contraste con la postura mantenida por el Tribunal de Casación francés- de establecer una relación de filiación entre el niño y el padre biológico; también a través de la institución de la adopción si los comitentes y los niños forman efectivamente un núcleo familiar *de facto*; o, por último, en caso de existir una situación de desamparo imputable a la madre gestante, a través del acogimiento familiar. Y ello con el fin de dar respuesta al interés superior del menor, valorado en el caso en concreto, en una ponderación de los intereses en conflicto para otorgar una respuesta de derecho material acorde a las circunstancias concurrentes.

2. STS 25 marzo 2025.

A) *El contrato de gestación.*

Un ciudadano español celebró con la demandada un contrato de gestación subrogada en el Estado de Tabasco (México). A través del mismo, la madre gestante -que no aportó material genético-, renunciaba a la patria potestad y al ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos que pudieran nacer, consumándose en el nacimiento de dos niñas, correspondiendo aquellas facultades exclusivamente al padre. El nacimiento de estas dos menores fue inscrito en el Registro Civil de Tabasco, constando los dos apellidos del padre de intención. Con posterioridad, este acudió al Consulado Español en México para solicitar la inscripción en los mismos términos que lo habían hecho las autoridades mejicanas, denegándosele al no constar la identidad de la madre gestante. Posteriormente, acompañado el padre de intención con la madre gestante, se practicó inscripción en el Registro Civil Consular, constando la identidad de la misma.

B) *Íter procesal.*

En España, el padre de intención presenta demanda de impugnación de filiación materna no matrimonial, a los efectos de que dictare sentencia por la que se declarase que la madre gestante no era la madre de las menores; en consecuencia,

se retirase el apellido materno, siendo sustituido por el segundo apellido del padre intencional. Subsidiariamente, privación de la patria potestad.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, sobre la base del art. 10 de la Ley 14/2006. La sentencia fue recurrida y la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia revocando la de instancia, declarando judicialmente que las menores son hijas del padre comitente, quedando inscritas en el Registro Civil Central con sus apellidos.

C) Las razones del Tribunal Supremo.

Interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia sobre la base de los mismos argumentos ya analizados en la sentencia de 4 de diciembre de 2024. No obstante, cabe hacer la siguiente matización: el supuesto de hecho aquí enjuiciado difiere del resto de resoluciones judiciales del Alto Tribunal, pues no se pretende el reconocimiento de un acto de una autoridad registral extranjera para que tenga virtualidad en nuestro ordenamiento jurídico -pues la inscripción ya está hecha-; tampoco se insta el *exequátur* de una sentencia ni, finalmente, el reconocimiento de una filiación no reconocida hasta la fecha en el Registro Civil español. Se insta dejar sin efecto la filiación materna ya practicada, es decir, de la madre que alumbró a las menores.

Para la Sala: "No se entiende cómo puede beneficiar a las menores que se deje sin efecto la fijación de la filiación materna respecto de la madre que las gestó y alumbró. Que dicha filiación materna contradiga lo acordado en un contrato de gestación subrogada, reconocido en aquel momento como válido por la legislación del Estado de Tabasco en Méjico, no supone que sea contraria al interés del menor, toda vez que el reconocimiento de dichos contratos, y de la determinación de la filiación que en ellos se acuerda y que tiene acceso al Registro Civil de Tabasco, es manifiestamente contrario a nuestro orden público". Por tanto, "dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos que establece el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989".

Y concluye: "En todo caso, la filiación materna que consta en el Registro Civil español es la que procede conforme a la legislación española, razón por la que la sentencia de la Audiencia Provincial es contraria a dicha legislación y a la jurisprudencia que la interpreta". A estos efectos, resulta intrascendente para la resolución del caso, al decir del Alto Tribunal, que la madre gestante no hubiese aportado sus óvulos para la gestación -la Audiencia Provincial acordó la prueba pericial biológica, resultando que la madre gestante no había aportado material

genético-, pues la filiación materna no adoptiva se fija por el parto, sin que tenga interés quién aportó el óvulo.

IV. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGSJFP DE 28 ABRIL DE 2025.

Traídas a colación y analizadas las últimas resoluciones del Tribunal Supremo sobre la cuestión, pasamos a analizar la Instrucción de 28 de abril de 2025, que, como hemos dicho en la introducción, se alinea con la doctrina jurisprudencial del mismo, en el sentido que los hijos nacidos a través de esta práctica en el extranjero -principalmente Estados Unidos y Ucrania, pero también en la India, Canadá, Turquía, México, Tailandia, Rusia o Georgia-, no podrán ser inscritos en los consulados españoles y tendrán que ser inscritos en el Registro Civil mediante “filiación biológica o por filiación adoptiva posterior”, en este último caso, cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

La Instrucción, previa contextualización del estado de la cuestión, se refiere, como hemos señalado anteriormente, a la STS 4 diciembre 2024 como el detonante del cambio de criterio, si bien el Alto Tribunal ya había tenido la ocasión de pronunciarse sobre el particular, por ejemplo, en la STS 6 febrero 2014²², una resolución del Pleno controvertida, pues de los nueve magistrados, cuatro formularon voto particular; casi diez años después de aquella resolución, la sentencia sobre la que se sustenta la Instrucción ha sido dictada por unanimidad de la Sala, lo cual no resulta balad²³. Es cierto que en la sentencia de 2014 no se discutía la procedencia o los límites del *exequátur*, pero las razones de fondo -el orden público español como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras²⁴- son idénticas²⁵.

En contraposición a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 -que, al decir de JIMÉNEZ MUÑOZ²⁶, establecía los requisitos que debían concurrir en un contrato

22 ECLI:ES:TS:2014:247.

23 Como refiere CARRILLO LERMA: “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”. Vid. CARRILLO LERMA, C.: “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)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 39, 2025, p. 726.

24 Vid. STC 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º (ECLI:ES:TS:54): “... aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que garantiza la Constitución sólo alcanzan plena eficacia allí donde se ejerce la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras (incluidas también las judiciales) que supongan vulneración de aquellos derechos y libertades públicos. El orden público del foro ha adquirido así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución”.

25 Sobre la compatibilidad de la sentencia del Tribunal Supremo con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, vid. DÍAZ FRAILE, J. Mª.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. I, 2019, pp. 64 y ss.

26 Vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ

nulo, como es el de gestación por sustitución-, la actual veta cualquier posibilidad de inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación, bien sea a través de una certificación registral extranjera; mediante mera declaración a las que se acompañe certificado médico relativo al nacimiento del menor o, por último, en virtud de sentencia extranjera firme, la cual no habrá que someter, como venía siendo necesario, a un proceso de *exequátur* o control incidental. Por tanto, únicamente será posible recurrir a la determinación de la filiación biológica paterna ex art. 10.3 Ley 14/2006 o, en su caso, a través del mecanismo de la adopción respecto de la madre comitente cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con las suficientes garantías. No obstante, cabe poner de manifiesto, como ha señalado DE VERDA Y BEAMONTE²⁷, la “perplejidad” que produce la Instrucción cuando se refiere a la determinación de la filiación biológica “respecto de alguno de los progenitores de intención”, omitiendo el principio contenido en el art. 10.2 de la Ley 14/2006: *mater semper certa* est.

V. NUESTRA OPINIÓN.

El tema tratado ha suscitado un intenso debate en la doctrina científica y jurisprudencial; debate que ha venido propiciado por esa dicotomía entre la postura mantenida por el Centro Directivo -como se sabe, permisiva sobre la inscripción del nacimiento en el extranjero de un menor como consecuencia de la técnica de la gestación por sustitución, obviamente cumpliendo los requisitos analizados con anterioridad- y, por otra, la sostenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo -contraria, en el sentido de privar cualquier posibilidad de inscripción sobre la base de la nulidad del contrato de gestación al amparo del artículo 10.2 de la Ley 14/2006-. Con la Instrucción de 28 de abril de 2025, se alinean ambas instituciones, lo cual debe ser valorado positivamente por cuanto evita la inseguridad jurídica en esta materia.

Ciertamente no puede negarse que existe un sector doctrinal que aboga por la regulación de la gestación por sustitución, y que en apoyo de sus tesis hacían mención, precisamente, a la Instrucción derogada de 5 de octubre de 2010. Así, por ejemplo, al decir de VELA SÁNCHEZ²⁸: “El convenio de gestación por sustitución debería ser regulado en nuestro ordenamiento jurídico de forma razonable y equilibrada, respetando los derechos fundamentales de las partes y siguiendo los criterios esenciales fijados por la citada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. Según el autor citado, podría articularse un contrato gestacional sobre

2014,736)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, p. 411.

27 Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Maternidad subrogada: radical cambio de posición de la DGSJFP. La Instrucción de 28 de abril de 2025”, Instituto de Derecho Iberoamericano, *Tribuna*. Accesible ‘en línea’ a través del siguiente enlace: <https://idibe.org/tribuna/maternidad-subrogada-radical-cambio-posicion-la-dgfsj-la-instruccion-28-abril-2025/> [fecha consulta: 19 de mayo de 2025].

28 Vid. VELA SÁNCHEZ, *La Ley*, 2025, p. 9.

la base de las siguientes premisas: i) Que, respecto a la mujer gestante, al menos uno de los comitentes españoles aporte material genético; ii) garantizar que el consentimiento de las partes intervinientes se haya prestado voluntariamente; iii) que tal consentimiento sea irrevocable y iv) garantizar el derecho del hijo así nacido a conocer su identidad biológica²⁹. No parece ser que exista una *communis opinio*, al menos por el momento, que entienda necesaria una reforma de calado otorgando virtualidad jurídica al contrato de gestación por sustitución, en contra de lo que dispone, de modo tajante, el art. 10.1 de la Ley 14/2006. La Instrucción de 28 de abril de 2025 viene a significar un punto de inflexión, en el sentido de que, si antes había dudas en el Centro Directivo, desmarcándose de la postura mantenida por el Tribunal Supremo, estas dudas se han disipado. Pero es más, no creemos que exista un pretendido derecho fundamental a ser padres, y, caso de existir, no sería, ni mucho menos, equiparable, ni ponderable, con el respeto a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante -aunque sea de un modo altruista- y del menor así nacido, que sí gozan de especial protección constitucional.

Por supuesto, no resulta válido, tampoco, el socorrido recurso a la autonomía de la voluntad, pues esta no es ilimitada, estando sometida al respeto de las normas imperativas, como así lo dispone el art. 1255 CC. Como dijo DE CASTRO³⁰, “se daría una idea inexacta del significado de la autonomía privada, si no se advirtiera que las tendencias antes reseñadas [la afirmación ilimitada de la supremacía de la autonomía privada, consecuencia de un normativismo positivista, de la ‘mercantilización’ del Derecho privado, en suma], que la han forzado hasta el abuso, se han visto siempre limitadas o contenidas por consideraciones de orden social o moral”.

Por tanto, debemos concluir expresando que nos parece acertado el cambio de criterio de la Dirección General en el asunto que nos ocupa, robusteciéndose así la acertada decisión del legislador de 2006. Y, caso de producirse una futura reforma de la gestación subrogada, deberían prevalecer, indiscutiblemente, el respeto a la dignidad de la mujer gestante y del interés superior del menor, que en ningún caso pueden quedar al albur de la autonomía de la voluntad de las partes.

29 *Ibid*, p. 8.

30 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 15-16.

BIBLIOGRAFÍA

CANTORAL DOMÍNGUEZ, K. y RODRÍGUEZ COLLADO, M. DEL C.: "Maternidad subrogada", en AA.VV.: *La maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017.

CARRILLO LERMA, C.: "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)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 39, 2025.

CERVILLA GARZÓN, M^a. D.:

- "Prólogo", en AA.VV.: *Maternidad subrogada: La nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (directora, Pilar María Estellés Peralta; coordinadora, María José Salar Sotillos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

- "La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del Tribunal Europeo de Derecho Humanos", en AA.VV.: *Maternidad subrogada: La nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (directora, Pilar María Estellés Peralta; coordinadora, María José Salar Sotillo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- "Maternidad subrogada: radical cambio de posición de la DGSJFP. La Instrucción de 28 de abril de 2025", Instituto de Derecho Iberoamericano, *Tribuna*. Accesible 'en línea' a través del siguiente enlace: <https://idibe.org/tribuna/maternidad-subrogada-radical-cambio-posicion-la-dgfpsj-la-instruccion-28-abril-2025/>

DÍAZ FRAILE, J. M^a.: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil Español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, num. I, 2019.

ESTELLÉS PERALTA, M.^a P.: "Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud", en AA.VV.: *Maternidad subrogada: La nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (directora, Pilar María Estellés Peralta; coordinadora, María José Salar Sotillo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014.

OCHOA RUIZ, N.: "La creación de nuevos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso de la maternidad subrogada", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (editor, Adolfo Lucas Esteve), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ROJAS VENEGAS, B. y CIENFUEGOS SALGADO, D.: *El dilema de la concepción humana asistida. Breve análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Por una regulación razonable de la gestación por sustitución en España (II)", *Diario La Ley*, núm. 10667, 2025.



LOS TIPOS DE REFERENCIA EN LA POLÍTICA
MONETARIA (BANCO CENTRAL EUROPEO Y BANCO
DE ESPAÑA). SU INCIDENCIA EN EL MODELO DE
CONTRATACIÓN DE HIPOTECAS EN ESPAÑA

*REFERENCE RATES IN MONETARY POLICY (EUROPEAN
CENTRAL BANK AND BANK OF SPAIN). THEIR IMPACT ON
THE MORTGAGE CONTRACTING MODEL IN SPAIN*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 636-663

Esperanza
PENDÓN
PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de abril de 2025
ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El control de los tipos de interés, uno de los instrumentos básicos de la política monetaria (orientada a garantizar la estabilidad de precios en el marco de la Unión Económica y Monetaria), desempeña un papel fundamental en el “precio del dinero”. Esta herramienta influye decisivamente en las condiciones de contratación de las hipotecas en el mercado español (el crédito y sus garantías), a través del EURIBOR. Se evidencia así la estrecha relación entre el control de los tipos de interés y los modelos de hipotecas contratados.

PALABRAS CLAVE: Crédito hipotecario; tipo de interés; EURIBOR; política monetaria.

ABSTRACT: *The control of interest rates, one of the basic instruments of monetary policy (aimed at guaranteeing price stability within the framework of Economic and Monetary Union), plays a fundamental role in the ‘price of money’. This tool has a decisive influence on mortgage contracting conditions in the Spanish market (credit and its guarantees), through the EURIBOR. This shows the close relationship between the control of interest rates and the models of mortgages contracted.*

KEY WORDS: *Mortgage credit; interest rate; EURIBOR; monetary policy.*

SUMARIO.- I. ASPECTOS BÁSICOS DE LA POLÍTICA MONETARIA EUROPEA Y SUS ACTORES PRINCIPALES.- 1. La Unión Económica y Monetaria en Europa. Perspectiva general.- 2. La política monetaria de la Unión Europea. El papel del Banco Central Europeo y el de los bancos centrales nacionales.- A) *El Sistema Europeo de Bancos Centrales*.- B) *El Banco Central Europeo*.- C) *El Banco de España*.- II. LOS MEDIOS DE LA POLÍTICA MONETARIA. INCIDENCIA SOBRE EL TIPO DE INTERÉS DE LOS MERCADOS HIPOTECARIOS.- III. LOS TIPOS DE REFERENCIA EN ESPAÑA Y LA CONTRATACIÓN DE HIPOTECAS.- 1. Cuestiones generales.- 2. La evolución del modelo de hipoteca en el mercado español tras la estabilización de los precios.- 3. El cambio de modelo en la contratación de las hipotecas en España en relación con el tipo de interés. Análisis de resultados.

I. ASPECTOS BÁSICOS DE LA POLÍTICA MONETARIA EUROPEA Y SUS ACTORES PRINCIPALES.

I. La Unión Económica y Monetaria en Europa. Perspectiva general.

La Unión Económica y Monetaria (UEM, en adelante) es uno de los resultados derivados de la creación de la Unión Europea y ha devenido uno de sus pilares básicos, por los beneficios que genera para los ciudadanos. Su finalidad es “apoyar el crecimiento económico sostenible y un elevado nivel de empleo mediante la asunción de políticas económicas y monetarias adecuadas”¹. Entre las actuaciones coordinadas de los Estados miembros para la consolidación de la Unión Europea se encuentra la adopción de una moneda común: el euro; aunque los requisitos exigidos para su implantación (los denominados *convergence criteria for joining* o criterios de Maastricht²) no han sido alcanzado todavía por algunos países.

La UEM requiere igualmente mecanismos e instituciones que permitan coordinar las políticas económicas, monetarias y presupuestarias de los Estados miembros, dirigida conjuntamente por el Consejo de la Unión Europea³ y el Banco Central Europeo (BCE, en adelante). La creación del mercado único no sólo reporta beneficios para los ciudadanos (por ejemplo, la estabilidad económica, la

1 SCHEINERT, C.: *Historia de la unión económica y monetaria*, 2024, p. 1.

2 Vid. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 191, 29 de julio de 1992. Estos criterios eran los siguientes: a) La estabilidad de precios, de modo que la tasa de inflación de cada país no puede exceder en más de un 1,5% la media de las tasas de inflación de los tres Estados miembros que registren la inflación más baja; b) los tipos de interés a largo plazo no pueden variar en más de un 2% en relación con la media de los tipos de interés de los tres Estados miembros con tipos de interés más bajos; c) control del déficit presupuestario, que debe ser inferior al 3% del producto interior bruto (PIB); d) control de la deuda pública, que no puede exceder del 60% del PIB; y e) estabilidad del tipo de cambio. Además, esos criterios exigían algunos cambios legislativos en los Estados, que garantizaran, por ejemplo, la independencia de los bancos centrales. Sobre estas cuestiones volveremos más adelante, para analizar el régimen legal de las instituciones españolas.

3 Puede consultarse su página web en el siguiente enlace: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union_es.

• Esperanza Pendón Pérez

Contratada predoctoral de la Universidad de Cádiz. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-7826-4563> Correo electrónico: esperanza.pendon@uca.es.

eliminación del cambio de divisas en los viajes en Europa, medidas de solidaridad entre los Estados miembros, etc.), sino que además afecta positivamente al comercio y a la inversión internacional; y así, por ejemplo, los países que tenían menor reputación en atención a la estabilidad de sus precios mejoran su valoración en el mercado de créditos, al eliminarse la prima de riesgo por devaluación.

La Unión Europea es el resultado de un proceso que comenzó hace más de medio siglo (la denominada etapa inicial, de 1957 a 1969), con objetivos inicialmente limitados⁴ que se han ido ampliando en las décadas siguientes, a medida que la Comunidad Económica Europea devenía la Unión Europea y se exigían políticas comunes más ambiciosas⁵.

Fueron necesarias décadas de trabajo⁶, acuerdos entre Estados y con las instituciones de la Unión Europea para que, finalmente, en aplicación del Tratado de la Unión Europea⁷ (TUE, en adelante), la UEM entrara en funcionamiento el 1 de enero 1999, con la participación de 11 países: Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Austria, Portugal y Finlandia⁸.

Aunque tradicionalmente se identifican tres fases “técnicas” en la definición de la UEM⁹, nos interesa destacar por su importancia dos hitos. El *primero*, el acuerdo entre los Bancos Centrales de los países miembros que supuso la creación del Sistema Monetario Europeo (SME, en adelante), confiando su dirección al Instituto Monetario Europeo (IME, en adelante¹⁰). Su objetivo principal era

4 El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), conocido como Tratado de Roma, sólo vinculaba a los Estados fundadores de la Comunidad: Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. El Tratado fue firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. El Tratado de Roma se ha modificado en varias ocasiones y actualmente se llama Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5 Recuérdese que el origen de “las comunidades europeas” fueron los tratados CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero; firmado en París el 18 de abril de 1951), CEE (Comunidad Económica Europea), y EURATOM (Comunidad Europea de la Energía Atómica; firmado en Roma el 25 de marzo de 1957). Los tres tratados se plantearon como objetivos iniciales de un proceso ambicioso a largo plazo; aunque inicialmente las comunidades nacían delimitadas por los objetivos específicos de los tres tratados.

6 De estas décadas de trabajo resultaron documentos relevantes para conducir el proceso; entre otros, el memorándum “La Coordinación de la Política Económica y de la Política Monetaria en la Comunidad” o “Plan Barre”, en 1969; el Informe Werner, en 1970; el Informe Delors, de 1989; o el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, de 1997.

7 Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 191, de 29 de julio de 1992. Versión consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 115, de 9 de mayo de 2008.

8 Vid. COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN Y FONTAINE, P.: *12 lecciones sobre Europa*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Bruselas, 2017; COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN: *La Unión Europea. Qué es y qué hace*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Bruselas, 2022; los informes anuales de la Unión, elaborados por la Comisión Europea (Dirección General de Comunicación) disponibles en la página web https://europa.eu/european-union/about-eu_es; y la página web Información básica sobre la Unión Europea, en https://europa.eu/european-union/about-eu_es.

9 Sobre esta cuestión, vid. *Hacia la moneda única: antecedentes de la UEM*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l25007&from=ES>.

10 El IME ejerció sus competencias de 1994 a 1998 (posteriormente, “transformándose” en el Banco Central Europeo. Entre sus objetivos básicos se encontraban los de preparar los inicios de la política monetaria europea, contribuir a la estabilidad financiera, elaborar una estrategia de política monetaria común para el

asegurar la estabilidad monetaria en Europa. El sistema supuso la fijación de un sistema de tipos de cambio fijos en relación con las monedas nacionales y el Euro, aunque ajustables, que permitía controlar las variaciones de las monedas nacionales, manteniéndolas dentro de una “banda de fluctuaciones”. El 1 de enero de 1999, tras algunos años de experiencias y ajustes, se procedió a la fijación irrevocable de los tipos de cambio de las monedas de los Estados miembros que participaban en la Unión Monetaria. Entonces, el BCE sustituyó al IME, asumiendo la responsabilidad de la política monetaria. Con ello se produce la plena eficacia de la moneda europea, el euro, en esos países¹¹.

El *segundo*, la implantación de la política monetaria común, revisando y actualizando los instrumentos tradicionalmente usados por las autoridades monetarias nacionales, creando nuevas instituciones y definiendo principios de su actuación coordinada. El protagonismo en este ámbito corresponde al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC, en adelante), formado por el BCE y los bancos centrales de los Estados miembros; y al Eurosistema, integrado por el BCE y los bancos centrales de los Estados miembros que han adoptado el Euro. Procede, entonces, analizar el régimen básico de competencias y de actuación de estas entidades; en particular, en relación con la ejecución de la política monetaria que se adopte y el control de los tipos de interés. Todo ello, teniendo en cuenta que se trata de un proceso que todavía no ha acabado¹².

2. La política monetaria de la Unión Europea. El papel del Banco Central Europeo y el de los bancos centrales nacionales.

A) El Sistema Europeo de Bancos Centrales.

El Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) comprende el Banco Central Europeo (BCE) y los bancos centrales nacionales de todos los Estados miembros de la Unión¹³. Su estructura y funcionamiento es compleja, al agrupar a entidades de diversos países con competencias divididas entre las *internas* (las que le atribuye la normativa nacional para su actuación en el marco de la soberanía nacional; en general, sobre ordenación, control, disciplina e intervención de las entidades

euro y preparar un mercado monetario único. Vid. más ampliamente en https://www.ecb.europa.eu/ecb/access_to_documents/archives/emi/html/index.es.html.

- 11 Los países miembros de la Unión Europea que no pertenecen a la zona euro (sólo depende de que cumplan los requisitos fijados) son Bulgaria, Croacia, Chequia, Hungría, Polonia, Rumanía y Suecia. Dinamarca se acogió a una cláusula de exclusión voluntaria para no participar en determinados acuerdos, con lo que mantiene su propia moneda nacional. En general, se trata de países de “tardía” incorporación a la UE.
- 12 Vid. DOMBROVSKIS, V., MOSCOVICI, P.: *Documento de reflexión sobre la profundización de la Unión Económica y Monetaria*, Comisión Europea, Comisión Europea, COM (2017) 291, Bruselas, 2017.
- 13 Así lo disponen los arts. 119-144, 219 y 282-284 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 83, de 30 de marzo de 2010; en adelante, TFUE); en el mismo sentido el Protocolo (número 4) del Tratado de Lisboa sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (*Diario Oficial de la Unión Europea*, DO C 202 de 7 de junio de 2016).

de crédito y el mercado financiero nacional) y las *européas* (las que les confía la normativa europea y derivan de la “integración” en el sistema europeo, con las que contribuyen tanto a la conformación del modelo económico y monetario de la Unión Europea como a la traslación al ordenamiento español de las decisiones emanadas de las autoridades monetarias europeas, vigilando la eficacia de su aplicación)¹⁴.

El objetivo principal del SEBC es mantener la estabilidad de los precios¹⁵. Para la consecución de ese objetivo desarrolla una estrategia de política monetaria que se traduce en la adopción de lo que se denominan “medidas de política monetaria”; entre las que pueden distinguirse: *convencionales*, operaciones de mercado abierto, las facilidades permanentes y el mantenimiento de reservas mínimas; y *no convencionales*, entre otras, la adquisición de activos y títulos de deuda soberana en los mercados secundarios, siempre con el objetivo de salvaguardar la estabilidad de los precios y la eficacia del mecanismo de transmisión de la política monetaria¹⁶.

Los beneficios que deriva de la estabilidad de precios son muy relevantes para la economía y los ciudadanos; entre otros, “mejora los criterios de decisión sobre inversión o gasto de empresas y consumidores, al facilitarles el reconocimiento de las variaciones de los precios relativos. Ello posibilita una asignación más eficiente de los recursos y un incremento del potencial productivo de la economía”¹⁷. La estabilidad de precios contribuye al crecimiento económico y, con ello, favorece un mayor nivel de vida. Además, incide también sobre otros factores que mejoran las condiciones de vida de los ciudadanos, como la transparencia de precios relativos y la reducción de las primas de riesgo de inflación de los tipos de interés, evita las actividades de cobertura innecesarias y reduce las distorsiones de los sistemas tributarios y de seguridad social, contribuye a la estabilidad financiera e incrementa las ventajas de mantener efectivo. Con todo ello, se impide la redistribución arbitraria de la riqueza y de la renta¹⁸.

14 Los aspectos básicos del modelo de gobernanza del Eurosistema pueden consultarse en: <https://www.bde.es/bde/es/secciones/eurosistema/>.

15 Así lo establece el art. 127 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que dispone que “El objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales [...] será mantener la estabilidad de precios”.

16 Sobre esta cuestión, *vid.* <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/86/la-politica-monetaria-europea>; https://www.bde.es/bde/es/areas/polimone/politica/Como_actua_la_po/Como_actua_la_le660642abac821.html.

17 *Vid. Los beneficios de la estabilidad de precios*, disponible en: https://www.bde.es/bde/es/areas/polimone/politica/Los_beneficios_d/Los_beneficios_33560642abac821.html. En el mismo lugar se destacan, entre otros, los siguientes: “Elimina los costes económicos reales que se ocasionan cuando la inflación agudiza el efecto distorsionador de los sistemas impositivos y de seguridad social; mitiga el efecto que la inflación produce (actúa como un impuesto) sobre las tenencias de efectivo, lo que reduce su demanda por parte de los hogares y, en consecuencia, genera unos costes de transacción más elevados; preserva la cohesión social y la estabilidad. Unas tasas de inflación o de deflación elevadas suelen generar inestabilidad social y política”.

18 *Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO: La política monetaria del BCE 2011*, Frankfurt, 2011, págs. 59 y ss. En el mismo lugar se concluye que: “A juzgar por todos estos argumentos, un banco central que mantiene la estabilidad de precios contribuye notablemente a la consecución de objetivos económicos más amplios, tales como niveles de vida y de actividad económica más elevados y mejores perspectivas de empleo. Esta conclusión

Ahora bien, la estabilidad de precios no equivale a inflación al 0%. Por eso, el BCE trabaja con un objetivo de inflación por debajo del 2%. Para lograr este objetivo, una de las opciones que ofrece la política monetaria es la de actuar sobre los tipos de interés oficiales (básicamente, el que determinan los Bancos Centrales para sus operaciones de “financiación” a las entidades de crédito). De modo que la modificación de los tipos de interés oficiales (junto con otros factores, que exceden de este estudio) proyecta sus efectos sobre la oferta de créditos en el mercado (afecta directamente a los tipos de interés de mercado); la disponibilidad de liquidez afecta a las decisiones de ahorro e inversión de los hogares y de las empresas.

B) El Banco Central Europeo.

El Banco Central Europeo (BCE) es un organismo fundado en junio de 1998, dotado de personalidad jurídica propia y que se encarga, desde el 1 de enero de 1999, de manejar la política monetaria de los países que integran la Eurozona¹⁹. Su principal cometido es mantener la estabilidad de los precios en la zona del euro y ejecutar la política monetaria europea definida por el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y del Eurosistema, para contribuir al mejor desarrollo de Europa y el bienestar de sus ciudadanos²⁰. Además, asume otras funciones, como la de coordinar el SEBC, autorizar a los Bancos Centrales de los Estados miembros (y vigilar) la emisión de euros, mantener y administrar las reservas internacionales oficiales de los Estados, realizar operaciones en divisas y garantizar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos, entre otras²¹.

El BCE es independiente en su actuación, no quedando sometido en sus decisiones a las “interferencias” de naturaleza política ni criterios de los gobiernos. Ello favorece el mantenimiento de la estabilidad de precios al generar confianza en sus decisiones y previsibilidad en sus medidas. Como contrapartida a esa independencia, el BCE debe acometer una política monetaria transparente (que contribuye a una mejor comprensión por parte del público de la política

queda corroborada por numerosos estudios empíricos para una amplia variedad de países que apuntan a la existencia de una relación negativa entre inflación y crecimiento. Un aumento persistente de la inflación tiene más peso que cualquier mejora a corto plazo de la renta nominal y a la larga hace que la renta real descienda de manera permanente”.

19 Su página web es <https://www.ecb.europa.eu/ecb/html/index.es.html>. Toda la información oficial referida al BCE que se maneja en este trabajo ha sido recopilada desde esa página o sus enlaces.

20 Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO: *La política monetaria*, cit., donde se expone que “El marco institucional se basa en el principio de que el objetivo del Eurosistema de mantener la estabilidad de precios tiene una importancia primordial. Puesto que, en última instancia, la política monetaria solo puede influir en el nivel de precios de la economía, la estabilidad de precios es la mejor contribución que puede hacer un banco central al bienestar económico y a las perspectivas de crecimiento a largo plazo de la economía”.

21 En los términos del art. 127, apartado 1, del TFUE, el objetivo principal del SEBC es mantener la estabilidad de los precios; además, y en apoyo del resto de los objetivos y fines de la Unión, el SEBC apoya las políticas económicas generales. El SEBC actúa con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos.

monetaria del BCE, dotándola de mayor credibilidad y eficacia) y de comunicación eficaz. Sobre todo, el mayor contrapeso a su actuación independiente es la obligación de rendición de cuentas por su gestión en la ejecución de su mandato ante el Parlamento Europeo, institución integrada por los representantes de los ciudadanos de la UE elegidos democráticamente²².

Desde el 1 de enero de 1999 (fecha en la que comienza la aplicación de la política monetaria única), el BCE ha basado su estrategia en el seguimiento directo de objetivos de inflación. La actual estrategia de política monetaria se anunció en julio de 2021²³, con las siguientes perspectivas: a) la definición cuantitativa del objetivo de la estabilidad de precios (fijado, como se ha indicado, en una tasa de inflación del 2% anual a medio plazo; criterio cuya consecución es un objetivo permanente a medio plazo, sin perjuicio de que se admiten posibles oscilaciones a corto, ocasionadas generalmente por circunstancias ajenas al mercado monetario, pero con indudable incidencia en el sistema económico; por ejemplo, una terrible pandemia); b) la evaluación de una amplia gama de indicadores económicos y financieros, sin otorgar un papel central a un agregado monetario específico, como parte de un enfoque de análisis más integrado y multidimensional; y c) el seguimiento continuo de las previsiones de evolución futura de los precios y de los riesgos para su estabilidad.

Para la mejor evaluación de los riesgos de inflación, el BCE desarrolla su actividad en dos frentes: el económico y el monetario. El análisis económico centrado en los riesgos a corto y medio plazo sobre la inflación; los estudios que procuran los indicadores se centran en la actividad económica real y, con ello, en la situación financiera de la economía europea (por lo tanto, sobre la base de indicadores como el PIB, la demanda agregada, los mercados de trabajo y de capitales, economía mundial, entre otros). Por su parte, el análisis monetario centrará su atención en los riesgos a largo plazo, aprovechando la relación entre incremento del dinero disponible en el mercado y la inflación.

C) El Banco de España.

Como se indicado en las páginas anteriores, la consolidación de la Unión Monetaria suponía la adaptación y corrección de algunas de las funciones “propias” de los bancos centrales nacionales de la zona euro, para asegurar su coordinación

22 Vid. *La misión del Eurosistema*, disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/escb/eurosystem-mission/html/index.es.html>.

23 Esta nueva estrategia de política monetaria ha sido fruto de una profunda revisión de la estrategia presentada en 2003, como consecuencia de los diversos cambios económicos estructurales sucedidos desde entonces; entre los que destacan la caída de los tipos de interés reales de equilibrio, la globalización, la digitalización, los cambios del sistema financiero y el cambio climático. Sobre esta cuestión, vid. *El BCE y su estrategia de política monetaria*, disponible en https://www.bde.es/wbe/es/areas-actuacion/politica-monetaria/politica-monetaria-area-euro/bce-estrategia-politica-monetaria/?utm_source=chatgpt.com.

en el seno del SEBC. Sin que sea necesario hacer referencias a normas y funciones acerca de su naturaleza y sus roles históricos, que explican su evolución hasta el momento actual²⁴, el Banco de España (en adelante, BdE)²⁵ se regula esencialmente en la Ley de Autonomía del Banco de España²⁶ (LABE, en adelante; hay, además, numerosa normativa de desarrollo de esta Ley²⁷). Dicha norma se dictó para asegurar sus competencias y métodos de trabajo en el escenario del SEBC, asumiendo los correspondientes compromisos europeos derivados del Tratado de la Unión Europea (y otras normas que componen el acervo comunitario), así como los Estatutos del SEBC y las orientaciones e instrucciones emanadas del BCE²⁸.

En su art. 1.º, la LABE dota al BdE de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, advirtiendo de que “para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración General del Estado”; a los efectos que ahora interesan, con autonomía respecto del Gobierno. La autonomía del BdE (tan relevante que, incluso, da nombre a la Ley que lo regula en sus aspectos esenciales) implica que, en el ejercicio de las competencias propias no actúa sometido a las directrices políticas o administrativas; basta con que actúe con respeto al ordenamiento jurídico (art. 1.º.I LABE).

El BdE ejerce sus funciones en dos ámbitos: *a nivel nacional*, ejerciendo competencias propias en el ámbito del sistema bancario español (por ejemplo, la supervisión de las entidades de crédito españolas, art. 7.º.6 LABE) y la política monetaria en España (art. 8 a 10 LABE); y *a nivel europeo*, ejerciendo las competencias que, en el ámbito del SEBC, le encomienda el TUE y los Estatutos

24 Vid. MARTÍN-ACENA, P.: “The Banco de España, 1782-2017. The History of a Central Bank”, en *Estudios de Historia Económica*, núm. 73, 2017; POMED SÁNCHEZ, L.A.: *El régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996.

25 Vid. la página web del Banco de España (www.bde.es; para la normativa que rige su actuación, https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Estatal/Banco_de_Espana.html).

26 Ley 13/1994, de 1 de junio, de *Autonomía del Banco de España* (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994). El texto experimentó una profunda revisión con la aprobación de la Ley 12/1998, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 13/1994, de 1 de junio, de *Autonomía del Banco de España* (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1998).

27 Entre otras, el Real Decreto 2059/1996, de 13 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Banco de España o la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

28 Así lo reconoce su exposición de motivos, que advierte de que “se hace necesario modificar la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España, para asegurar la plena integración del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, principio informador básico de la institución en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria”. La justificación (la necesidad) de dictar la norma se encuentra en los compromisos adquiridos por el Estado español, expresados en el TUE: “De acuerdo con el artículo 108 del Tratado de la Comunidad Europea, a más tardar en la fecha de constitución del Sistema Europeo de Bancos Centrales, cada uno de los Estados miembros velará porque su legislación nacional, incluidos los estatutos de su Banco Central Nacional, sea compatible con el propio Tratado y con los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales”. En el mismo lugar, continúa la norma fijando sus objetivos: “Para dar satisfacción a esta necesidad, la presente Ley se ciñe exclusivamente a garantizar la integración del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, reconociendo, entre otros extremos, las potestades del Banco Central Europeo en la definición de la política monetaria del área del euro -y su ejecución por el Banco de España-, y las facultades de la Comunidad Europea en relación con la política de tipo de cambio”. El articulado de la ley responde a esos criterios del legislador.

del SBCE (debiendo actuar según las orientaciones e instrucciones dictadas por el Banco Central Europeo)²⁹. En ambos casos, y en los términos del art. 7.º.2 LABE, se confía como el objetivo principal al BdE “mantener la estabilidad de precios y del cumplimiento de las funciones que ejerce en tanto miembro del SEBC en los términos del art. 105.I del Tratado”. Sin perjuicio de que corresponda igualmente al BdE apoyar la política económica general del Gobierno. Como se ha señalado, esa “colaboración” no supone en ninguna forma un régimen de dependencia política o jerárquica: el Gobernador del BdE es nombrado por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno (art. 24.I. LABE) y deviene una autoridad inamovible, con limitadas posibilidades y causas de remoción; no siendo posible ser cesado por el Gobierno por razones de naturaleza política³⁰.

En relación con las competencias del Banco de España en materia de tipos de interés, la referencia legal básica es la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito³¹. En la actualidad, la norma de referencia es la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*³² y, en su aplicación, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos³³. Sobre estas normas se sustenta la obligación del Banco de España de publicar periódicamente los tipos de interés oficiales, tanto en el *Boletín Oficial del Estado* como en su página web.

29 Otras funciones que desempeña, de muy diversa naturaleza, pueden verse detalladas en su página web: <https://www.bde.es/bde/es/secciones/sobreelbanco/funcion/Funciones.html>.

30 Insiste en esta idea la Exposición de motivos de LABE: “La señalada autonomía exige, asimismo, que, en el ámbito de la política monetaria, el Banco no esté sometido a instrucciones del Gobierno o del Ministro de Economía y Hacienda, de forma que pueda orientar dicha política al fin primordial de mantener los precios estables. Requiere, finalmente, que el mandato del Gobernador sea relativamente largo y no renovable, quedando estrictamente tasadas las causas de su posible cese”.

31 Publicada en el BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014. Esta ley derogó a la Ley 26/1988, de 29 de julio, *sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*; aunque, a los efectos que interesan, sigue manteniendo los mismo principios y normas de desarrollo normativo a los que se hará referencia. Dicha norma habilita al gobierno (al Ministro de Economía y Hacienda) para dictar normas, entre otros aspectos, referidas a los tipos de interés. Se encuentra en esa norma el antecedente más relevante en relación con este tema, que afecta particularmente a los créditos hipotecarios (cuyos índices de referencia se ven directamente afectados por la obligación de información que legalmente se establece).

32 Publicada en el BOE núm. 261, de 29 de octubre. Téngase en cuenta que la Orden ha sido modificada en este punto por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, *de regulación del crédito revolviente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* (BOE núm. 203, de 27 de julio de 2020).

33 BOE núm. 161, de 6 de julio. Téngase en cuenta que la Circular ha sido modificada por la Circular 1/2021, de 28 de enero, del Banco de España, *por la que se modifican la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos* (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2021). La Circular entró en vigor el día 21 de enero de 2021 y, entre otros aspectos, incorpora a los tipos oficiales el Tipo de interés de referencia basado en el *Euro short-term rate* (€STR), que se define como “el tipo de interés a distintos plazos que el Banco Central Europeo elabora basado en el tipo de interés *Euro short-term rate* (€STR) y publica a través de su Statistical Data Warehouse (SDW), o en cualquier otro medio por el que difunda dicha información”.

Y así, en el ANEJO 8 de la citada Circular (“Tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario: definición y forma de cálculo”), en los términos del art. 27 de la citada Orden (“Tipos de interés oficiales”), se establecen las fórmulas de cálculo de los tipos de interés que interesan al objeto de este trabajo: 1) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España; 2) Tipo medio de los préstamos a la vivienda entre uno y cinco años concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.; 3) EURIBOR a una semana, un mes, tres meses, seis meses y un año (es el más utilizado en la actualidad)³⁴.

II. LOS MEDIOS DE LA POLÍTICA MONETARIA. INCIDENCIA SOBRE EL TIPO DE INTERÉS DE LOS MERCADOS HIPOTECARIOS.

Como se ha expuesto, el BCE ha fijado el criterio de la estabilidad (control) de precios para la zona euro en un máximo del 2%; porcentaje que, según se estimó, ofrecería un margen de seguridad suficiente frente a la deflación o la inflación prolongada. Al mismo tiempo, ese porcentaje se consideraba adecuado para contribuir al crecimiento económico y la generación de empleo en la Unión Europea; también a la generación de la renta, dado que se limitaban fluctuaciones que afectaran al nivel de precios.

El proceso por el que las medidas que se adopten de política monetaria afectan a la economía, en general, y al nivel de precios, en particular, se conocen como *mecanismos y acciones de transmisión de la política monetaria*, y requiere la participación de diversos agentes económicos. No son medidas de eficacia directa, en el sentido de que no influyen de manera inmediata en los precios de los productos del mercado; no sólo porque requieren de la actuación (bajo sus propias reglas de funcionamiento) de esos “intermediarios” o agentes económicos, sino además porque los cambios y circunstancias coyunturales (ajenos, incluso, a

34 El tipo interbancario a un año (también conocido como tipo MIBOR a un año), estaba admitido sólo para para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000; por esa razón, y por su evidente desuso (dado el tiempo transcurrido y la previsible terminación de los créditos concedidos a su amparo) ha dejado de publicarse en la norma y de considerarse “oficial” (sin perjuicio de su plena validez y legalidad en las operaciones en las que aún pueda subsistir). La disposición transitoria única (“Régimen transitorio del Mibor”) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre dispone: “1. El Mibor continuará siendo considerado tipo de interés oficial exclusivamente a los efectos de su aplicación en los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000, conforme a lo previsto en el art. 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro. 2. El Banco de España publicará el Mibor mensualmente en su sede electrónica y en el Boletín Oficial del Estado. Para la publicación de este índice continuará vigente la actual definición del Mibor establecida en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos”.

Otros tipos de interés oficiales son: Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años; Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años; y, como dispone el citado precepto, “Cualquier otro índice establecido al efecto expresamente mediante resolución de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional”.

cuestiones económicas en sentido estricto) dificultan cualquier valoración sobre su eficacia en cada momento³⁵.

Uno de los cauces disponibles para añadir certidumbre al proceso de aplicación de la política monetaria es identificar los factores que determinan las tendencias de los precios. El recurso básico en este ámbito es el denominado Índice Armonizado de Precios de Consumo (IAPC) o Harmonised Index of Consumer Prices (HICP)³⁶. Se trata de un “Indicador estadístico de precios de consumo de los Estados de la zona del euro, elaborado con los mismos criterios metodológicos en toda la zona, que publica EUROSTAT³⁷, y que utiliza el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo para evaluar la estabilidad de precios”³⁸. La regulación del funcionamiento del sistema IAPC³⁹ (su “normalización”) requiere la colaboración de EUROSTAT y los institutos nacionales de estadística (en España, el Instituto Nacional de Estadística, INE), con el Instituto Monetario Europeo (IME) y el BCE⁴⁰.

En el caso de la Eurozona, para alcanzar sus objetivos de estabilidad de los precios, el BCE utiliza los tipos de interés como herramienta convencional. A través de un complejo mecanismo de transmisión, puede producir efectos a corto plazo en la economía de los países (puesto que, como hemos mencionado, el largo plazo, especialmente en operaciones de crédito resulta difícilmente previsible). El BCE influye en la economía mediante un complejo proceso⁴¹, a través de tres instrumentos convencionales: las Operaciones de Mercado Abierto (OMAS), con las que se regula la liquidez del sistema financiero; las *Facilidades permanentes*, que permiten a las entidades de crédito cubrir sus necesidades o excesos de liquidez

35 Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO: *La política monetaria*, cit., p. 63: “Por ejemplo, las variaciones registradas en los precios del petróleo u otras materias primas o en los precios administrados pueden causar un impacto directo a corto plazo sobre la inflación. De forma similar, la evolución de la economía mundial o de las políticas fiscales puede influir en la demanda agregada y, con ello, en el comportamiento de los precios. Por otra parte, los precios de los activos financieros y los tipos de cambio dependen de muchos otros factores además de la política monetaria”.

36 En relación con el IAPC, vid. <https://ec.europa.eu/eurostat/web/hicp>.

37 Oficina Estadística de la Unión Europea; puede verse su página web en la siguiente dirección electrónica: https://ec.europa.eu/info/departments/eurostat-european-statistics_es; <https://www.euro-area-statistics.org/?lg=es>; detalles sobre su régimen en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/hicp/legislation>; <https://ec.europa.eu/eurostat/web/hicp/overview>.

38 Vid. <https://www.bde.es/bde/es/utiles/glosario/glosarioEst/index1.html>.

39 La norma básica que regula el sistema es el Reglamento (UE) 2016/792 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 sobre los índices de precios de consumo armonizados y el índice de precios de la vivienda, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 2494/95 del Consejo (DOCE L 135/11, de 24 de mayo de 2016. Téngase en cuenta su desarrollo, en orden a las especificaciones metodológicas y técnicas, en los términos del reciente Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1148 de la Comisión de 31 de julio de 2020 por el que se establecen las especificaciones metodológicas y técnicas de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/792 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los índices de precios de consumo armonizados y al índice de precios de la vivienda (DOCE L 252/12, de 4 de agosto de 2020).

40 Vid. el *Memorandum of Understanding on economic and financial statistics between the Directorate General Statistics of the ECB (DG Statistics) and the Statistical Office of the European Communities (Eurostat)* MOU/2003/03101; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELLAR:43ca9b0b-96c0-11ea-aac4-01aa75ed71a1&from=EN>.

41 Para una lista de los instrumentos utilizados por el BCE vid. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/86/la-politica-monetaria-europea>.

a un día; y el establecimiento de las reservas mínimas obligatorias o *coeficientes de caja*, que exigen a las entidades de crédito mantener en depósito un porcentaje de la liquidez en los bancos centrales nacionales.

En particular, mediante los citados tres instrumentos (entre otros) de la política monetaria se consigue controlar los tipos de interés de las operaciones de activo de las entidades de crédito⁴²; por lo que ahora interesa, los créditos hipotecarios⁴³. En efecto, el control del tipo de interés oficial modifica los costes de financiación de las entidades de crédito; circunstancia que repercute en los precios: primero, sobre los mercados interbancarios (la modificación de los tipos de interés oficial provoca variaciones en los tipos de interés del mercado interbancario a un día, como el €STR⁴⁴ y, posteriormente, en tipos de interés a más largo plazo como el EURIBOR); segundo, al mercado de consumo y empresarial (por ejemplo, influyendo en el precio de los activos, afectando a la oferta de crédito y, en ocasiones, a la asunción de riesgos)⁴⁵.

III. LOS TIPOS DE REFERENCIA EN ESPAÑA Y LA CONTRATACIÓN DE HIPOTECAS.

I. Cuestiones generales.

Los tipos de referencia más utilizados en las operaciones de préstamo con tipo de interés variable son los tipos oficiales que, como se ha expuesto más arriba, se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado y se calculan de acuerdo con las reglas establecidas mediante la citada Circular del Banco de España (en aplicación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre). Estos son los tipos de referencia “oficiales”. La nueva relación de tipos de interés oficiales entró en vigor el 31 de enero de 2012, en virtud de la modificación de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios

42 SOLER-DOMINGO, A., GONZÁLEZ DÍAZ, A.: “Control de los tipos de interés en la política monetaria europea”, *Anales de economía aplicada*, 2003.

43 Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO: *La política monetaria*, cit., p. 101: “Un banco central controla los tipos de interés a corto plazo del mercado monetario señalando la orientación de su política monetaria a través de sus decisiones relativas a los tipos de interés oficiales y gestionando la situación de liquidez en dicho mercado”.

44 El €STR (Euro Short-Term Rate) es el tipo de interés de referencia calculado por el Banco Central Europeo que refleja el coste de los préstamos en euros a un día sin garantía entre entidades financieras. Sustituyó al EONIA desde el 3 de enero de 2022, al ser considerado más representativo del mercado monetario. Sobre esta cuestión, vid. Banco Central Europeo, *El tipo de interés a corto plazo en euros (€STR)*, disponible en: <https://www.ecb.europa.eu>.

45 Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO: *La política monetaria*, cit., p. 65: “Además, las modificaciones de los tipos de interés oficiales también pueden influir en la oferta de crédito (el “canal del crédito”). Tras una subida de los tipos de interés, el riesgo de que algunos prestatarios no puedan devolver sus préstamos puede alcanzar un nivel tal que las entidades de crédito dejen de conceder créditos (el “canal del crédito bancario” del canal del crédito), lo que, a su vez, obligaría a los prestatarios, es decir, a los hogares o a las empresas, a aplazar sus planes de consumo o de inversión”.

de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (ya citada).

Las leyes y normas citadas más arriba recuerdan que en nuestro ordenamiento está consagrado, en todo caso, la libertad de pacto entre las partes; también para ajustar sus relaciones al tipo de interés que consideren adecuado. La finalidad de la disciplina bancaria es, como se ha señalado, asegurar la transparencia en el mercado bancario, no imponer condiciones contractuales; cuestión que queda fuera del ámbito de la ordenación, la disciplina y la intervención de las entidades de crédito. Derecho económico y pertenecen al ámbito de la contratación privada (contratación civil y mercantil, en el ámbito del Derecho privado). Por ello, y aunque no es usual (desde luego, no con los consumidores; aunque pueden encontrarse ejemplos en la contratación con empresas), nada impide que se pacte un tipo de referencia para operaciones particulares distinto de los expresados (por tanto, un tipo “no oficial”). En estos casos, las exigencias de validez del tipo pactado son dos: que se haya calculado a coste de mercado y no sea susceptible de influencia por la propia entidad de crédito en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades (cuestiones de libre competencia); y que los datos que sirvan de base al índice tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo⁴⁶.

En todo caso, el índice de referencia más utilizado en la actualidad para las operaciones de crédito hipotecario (en realidad, para la mayor parte de las operaciones crediticias, incluidas las que se celebran con empresas y las del mercado interbancario) es el EURIBOR⁴⁷. El EURIBOR es el tipo medio de interés al que se prestan euros entre sí un gran número de bancos europeos (el denominado “panel de bancos”).

Tras la adopción del Euro por los Estados miembros de la Unión Europea, con los correspondientes sistemas que regulan y velan por esta moneda (el SEBC, en el marco de la Unión Monetaria), se consideró la oportunidad de implantar una nueva tasa de referencia interbancaria en la Unión Europea. En diciembre de 1997, la Federación Bancaria Europea (FBE)⁴⁸ y la Asociación Cambista Internacional

46 Los extremos básicos de los tipos más comunes en el mercado hipotecario y del consumo (entre otros, el tipo de interés preferencial que aplican los bancos a sus clientes más solventes) pueden verse en <https://www.rankia.com/blog/euribor/367833-tipos-interes-referencia-no-oficiales-mercado-hipotecario>. Entre ellos, el crédito tipo medio trimestral, que se calcula “como media simple, redondeada a cuartos de punto y minorada en un punto porcentual, del tipo de interés más practicado por cada entidad en los créditos hipotecarios concedidos, durante el último mes de cada trimestre natural, por las entidades que forman parte de la Junta Directiva de la Asociación Hipotecaria Española (compuesta por una serie de bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito)” (*ibid.*).

47 El término EURIBOR es el acrónimo de Euro Interbank Offered Rate o “tipo europeo de oferta interbancaria”. Este índice se calcula sobre la base de las operaciones que los bancos europeos que integran el panel de bancos realizan entre sí (con frecuencia, operaciones a un día).

48 Puede consultarse la página web de la Federación Bancaria Europea en el siguiente enlace: <https://www.ebf.eu/>.

(ACI)⁴⁹ anunciaron los avances en la creación de un nuevo tipo de interés llamado EURIBOR. El Banco de España define el EURIBOR como “un tipo de interés de oferta al que una entidad de crédito está dispuesta a prestar fondos en euros a otro banco. Se calcula diariamente para los depósitos interbancarios con vencimiento a una semana, y entre uno y doce meses, a partir de la media de los tipos de interés de oferta diaria, redondeado al tercer decimal, de un panel representativo de las principales entidades de crédito”⁵⁰.

Aunque habitualmente nos referimos a este tipo en forma “singular”, son cinco los tipos de EURIBOR existentes, medidos en los siguientes plazos: una semana, un mes, tres meses, seis meses y doce meses. Para la determinación de los tipos EURIBOR se elimina el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos de interés que integran la secuencia. Los tipos de interés del EURIBOR se calculan diariamente (sólo los días laborables, a las 11:00 CET) y se difunde entre los interesados y los medios de comunicación (política de transparencia y comunicación).

Más técnicamente, se diferencia entre el EURIBOR a un año (“la media aritmética simple mensual de los valores diarios del índice de referencia euríbor que figura en el anexo del Reglamento de ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016”⁵¹. El Banco de España dejará de realizar los cálculos simples para la obtención de la media mensual, y pasará a publicar y replicar la información elaborada por el administrador de dicho índice, el European Money Markets Institute (EMMI)”) y el Euríbor a una semana, un mes, tres meses, seis meses (“para cada uno de los plazos, se define como la media aritmética simple mensual de los valores diarios del índice de referencia euríbor, que figura en el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión, de 11 de agosto de 2016, *por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros*”⁵²).

La adopción del EURIBOR en 1999 supuso el cambio de los índices de referencia nacionales para los países que eran parte del Euro; en primer lugar, lo adoptaron Bélgica, Alemania, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Austria y Finlandia (así, desaparecieron algunos índices nacionales, como el PIBOR de París o el FIBOR de Frankfurt) y más tarde España, Luxemburgo y Portugal⁵³. En el caso

49 Puede consultarse la página web de la Asociación Cambista Internacional en el siguiente enlace: <https://currencyassociation.org/>

50 Vid. https://www.bde.es/ff/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesBCE/InformeAnualBCE/10/Fich/glosa.pdf?utm_source=chatgpt.com.

51 Reglamento de ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016, *por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros*.

52 Vid. https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menuhorizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/tipo_referencia_oficial_mercado_hipotecario.html. En el mismo sitio se recogen las definiciones descriptivas del resto de los tipos oficiales en España.

53 Más información sobre el proceso histórico puede encontrarse en la página web: <https://www.emmi-benchmarks.eu/euribor-org/euribor-history.html>.

de España, el EURIBOR sustituyó al MIBOR (Madrid InterBank Offered Rate) el 1 de enero del 2000. El MIBOR era el tipo de interés interbancario al que las entidades bancarias se prestaban dinero entre sí en el mercado interbancario de Madrid. Como se ha señalado más arriba, el MIBOR se sigue utilizando para los préstamos concedidos antes del año 2000, si todavía no se han amortizado; aunque carece de la consideración de “tipo oficial”.

El EURIBOR es, en la actualidad, el indicador de mayor relevancia en el mercado financiero europeo, y el más importante en España. Esta referencia ha alcanzado tal grado de difusión entre los clientes de créditos hipotecarios que se ha incorporado al lenguaje común; siendo el tipo de referencia más importante para los préstamos a interés variable (hipotecas contratadas con interés variables durante toda la vida del crédito e hipotecas mixtas, esto es, aquéllas que en algún momento incorporan una referencia a un interés variable). En la actualidad, en España la mayor parte de las hipotecas con tipos variables se revisan con el EURIBOR (sólo quedan los “restos” de créditos pactados, como se ha indicado y algunas operaciones “marginales” por referencias a otros tipos de interés internacionales), porque, según se deriva de la experiencia, este índice registra menores fluctuaciones a lo largo del periodo del préstamo. Obviamente, la política monetaria es responsable en buena medida de esa estabilidad que, en años recientes, había supuesto un EURIBOR a 0% o, incluso, en negativo. Además, recuérdese que, fuera del ámbito estrictamente hipotecario, el EURIBOR se considera igualmente el tipo de interés básico de referencia para la mayoría de los productos derivados, como son los futuros, *swaps* y opciones.

2. La evolución del modelo de hipoteca en el mercado español tras la estabilización de los precios.

En el lenguaje coloquial, y en el que nos aplican en cuanto clientes de las entidades de crédito, usamos el término hipoteca sin determinar con precisión su significado. La perspectiva jurídica, compleja para el no especialista en la materia, es no obstante necesaria, pues explica y sustenta los fundamentos de la garantía que supone para las entidades de crédito, los tiempos (plazo) de concesión del crédito hipotecario, los tipos de interés, etc.

Desde el punto de vista jurídico, la hipoteca se configura como un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles, debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad. No implica, sin embargo, el desplazamiento posesorio del bien, lo que la distingue de otras garantías reales como la prenda⁵⁴. La normativa jurídica de

54 Sin embargo, téngase en cuenta la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, BOE núm. 352, de 18 de diciembre de 1954.

referencia (así, el art. 1876 del Código Civil⁵⁵; o el art. 104 de la Ley Hipotecaria)⁵⁶ no ofrece una definición exhaustiva del contrato de garantía hipotecaria, pero sí establece sus rasgos esenciales: la hipoteca sujeta directa e inmediatamente el bien gravado al cumplimiento de la obligación principal garantizada, generalmente un préstamo dinerario.

Este carácter accesorio ha sido subrayado por la doctrina civilista, en la medida en que el derecho real de hipoteca carece de autonomía: nace, subsiste y se extingue con el crédito que garantiza⁵⁷. El préstamo garantizado -usualmente concertado con ocasión de la adquisición de un inmueble- suele cubrir hasta el 80 % de su valor de tasación, aunque este porcentaje puede variar en función del perfil de riesgo del prestatario. La constitución de la hipoteca exige su formalización en escritura pública e inscripción registral, de modo que su eficacia depende de este último requisito (eficacia constitutiva de la inscripción)⁵⁸.

Desde la perspectiva mercantil, y en particular bancaria, la hipoteca no constituye una figura aislada, sino que forma parte de un conjunto de operaciones propias de la contratación financiera profesional. Efectivamente, el préstamo bancario con garantía hipotecaria integra una unidad funcional entre el contrato de préstamo —mercantil por razón del prestamista— y la hipoteca que lo garantiza⁵⁹. La doctrina mercantilista ha examinado extensamente el contrato de préstamo como contrato bancario típico, sometido a condiciones generales de contratación y regulado por normas específicas de protección al consumidor⁶⁰.

Las partes que participan en la constitución de una hipoteca son dos: el deudor hipotecario y el titular hipotecante. El deudor es la parte pasiva del crédito, el cliente que pagará las cuotas durante el plazo estipulado; suele ser, además, el

55 Art. 1876 CC: “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”. Ténganse en cuenta además los arts. 1878 CC (“El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley”) y 1880 CC (“La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente”) del mismo cuerpo legal.

56 La denominada Ley Hipotecaria fue aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27 de febrero de 1946), con numerosas modificaciones. El referido precepto dispone: “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». Además, el art. 105 del mismo texto legal dispone que “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil”.

57 Vid., por todos, DIEZ-PICAZO, L. M^a: *Fundamentos del Derecho Patrimonial. Tomo I*, 6.ª ed., Civitas, Navarra, 2007, p. 483.

58 Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. y CALAZA, A.: *Principios de Derecho Civil. Tomo III*, 25.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 563-566.

59 En este sentido, vid. MORÁN BOVIO, D.: “El contrato de préstamo mercantil”, en AA.VV.: *Derecho mercantil. Vol. 5.º*, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 233-261.

60 Así, por todos, BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Vol. II*, 30.ª ed., Tecnos, Madrid, 2024, pp. 243-250.

titular del bien hipotecado⁶¹. Por su parte, el acreedor hipotecario (el banco que concede el crédito para la adquisición de la vivienda) suele ser, además, titular del derecho de hipoteca. Pero en la práctica bancaria es frecuente la transmisión del crédito garantizado (y, con él, de la posición acreedora) a un tercero sobre el crédito (otra entidad de crédito); transmisión que lleva aparejada la transmisión del derecho de garantía (recuérdese que la hipoteca, en tanto que garantía, es accesoria)⁶².

Desde una perspectiva jurídica, la hipoteca es un negocio jurídico complejo. En la realidad, sin embargo, al cliente bancario se le facilita extraordinariamente la contratación de estos instrumentos, confiriéndole una protección muy detallada en diversas normas. Ya hemos hecho referencia a alguna de ellas, particularmente, en el ámbito de la transparencia y acceso a la información⁶³. En este ámbito, lo relevante para los clientes son las condiciones de devolución del préstamo: plazos y, sobre todo, cuotas. En este segundo elemento, los tipos de interés (el EURIBOR) cobran plena relevancia.

Uno de los elementos esenciales del préstamo hipotecario es el tipo de interés. En el derecho español, el interés remuneratorio constituye la contraprestación que el prestamista recibe por la puesta a disposición de una suma de dinero. Se distingue del interés moratorio, que se devenga en caso de incumplimiento. Ambos deben pactarse expresamente para su validez, conforme a los principios generales sobre los contratos onerosos⁶⁴.

Desde el punto de vista mercantil, el interés en los préstamos bancarios reviste una especial complejidad, en la medida en que suele referenciarse a índices oficiales como el EURIBOR, lo que da lugar a préstamos a interés variable. En este caso, el tipo de interés aplicable puede fluctuar en función de las condiciones del mercado,

61 La constitución de la hipoteca no cuestiona el “principio de responsabilidad patrimonial universal” del deudor (consagrado en el art. 1.911 del Código civil), en cuya virtud el deudor responde de todas sus deudas con todo su patrimonio, presente y futuro; por ello, responderá igualmente por el importe total del crédito concedido más allá de la ejecución de la hipoteca (ejecución en pública subasta, dación, etc.), por la parte que en su caso quede pendiente. Esta garantía (seguridad) en el reembolso del crédito es la base jurídica que facilita la circulación de los créditos hipotecarios. Sobre esta cuestión, *vid.* DIEZ-PICAZO, L. M².: *Fundamentos del Derecho Patrimonial. Tomo I*, cit., pp. 491-493.

62 El párrafo primero del art. 2.º de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE núm. 80, de 4 de abril de 1994), dispone que “El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil”. Sobre esta cuestión, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II*, 29.ª ed., Aranzadi La Ley, 2024, pp. 416-420.

63 El Banco de España ofrece un portal específico sobre la materia, con alto rigor técnico aunque en un lenguaje apropiado para los ciudadanos: <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizantal/productosservicio/financiacion/hipotecas/>.

64 MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A.: “Lección 18.ª. Contratos mercantiles de depósito y préstamo. Garantías mercantiles”, en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Mercantil* (coord. por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, A. DÍAZ MORENO), 27.ª ed., Tecnos, Madrid, 2024, pp. 582-583.

dentro de los límites pactados (diferencial y cláusulas suelo/techo). La doctrina destaca la necesidad de transparencia en la configuración de estos mecanismos, en aras de la protección del cliente bancario⁶⁵. En la práctica contractual, los tipos de interés suelen determinar no solo el coste total del préstamo, sino también la duración efectiva del mismo, ya que inciden directamente en la composición y cuantía de las cuotas. En este sentido, el Tribunal Supremo ha reiterado la necesidad de una información precontractual clara, suficiente y comprensible sobre la evolución posible de los tipos de interés, especialmente en los préstamos a tipo variable⁶⁶. Asimismo, deben tenerse en cuenta los límites legales a los intereses, especialmente la prohibición de la usura (Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios⁶⁷), y el control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Las condiciones relativas a los tipos de interés, por afectar al equilibrio económico del contrato, están sometidas a un escrutinio judicial particularmente riguroso⁶⁸.

En la actualidad (al margen de otros criterios jurídicos relevantes, pero escasamente importantes para los clientes), el mercado ofrece tres “modalidades de hipotecas”; clasificadas, precisamente, en atención a la fórmula de aplicación de los intereses sobre el principal⁶⁹.

1) *Hipotecas a interés fijo*. El tipo de interés permanece fijo durante todo el tiempo del préstamo; la cuota mensual, por tanto, permanece invariable. Aunque obviamente el banco toma en consideración el precio del dinero (esto es, el tipo de interés y proyecciones futuras sobre su estabilidad y variabilidad; e, igualmente, el EURIBOR, aunque este no aflore en el contrato de préstamo) para su estimación. Sobre esta modalidad, advierte el Banco de España que presenta el inconveniente de que “en el momento de la contratación se suele establecer un tipo superior que para las hipotecas a tipo variable. Los plazos de amortización suelen ser más cortos, en torno a un máximo de 20 años”⁷⁰.

65 *Ibid.*, pp. 584-586.

66 Sobre esta cuestión, *vid.* STS, Sala I.ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo; ID CENDOJ: 28079119912013100009.

67 Publicada en la *Gaceta de Madrid* núm. 206, de 24 de julio de 1908.

68 Sobre esta cuestión, *vid.* STS, Sala I.ª, núm. 669/2017, de 14 de diciembre; ID CENDOJ: 28079119912017100036.

69 Se ha elegido la información tal y como aparece en la página web del Banco de España, citada en la nota al pie anterior. No obstante, puede verificarse que todas las entidades de crédito en España ofrecen en la actualidad las tres modalidades de hipotecas, en general, sin más discriminación que la edad del solicitante (y, naturalmente, y de forma común a todas ellas, la solvencia del solicitante, atendiendo en general a su nivel de renta, condiciones laborales y salariales, la eventual solidaridad de las obligaciones en los supuestos de matrimonios o parejas, bajo cualquier forma de unión reconocida en Derecho, etc.). Para una consulta de los datos actualizados trimestralmente, puede accederse a la página web del Colegio de Registradores de España: <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-de-propiedad>; igualmente la Asociación Hipotecaria Española: <https://ahe.es/estadisticas/boletin-estadistico/archivos/BOLETIN-ESTADISTICO-IT-2024.pdf>.

70 *Vid.* https://cliente.bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productos/servicio/financiacion/hipotecas/guia-textual/primerospasoscon/Hipoteca_a_tipo_2ada24e53ab1d51.html

2) *Hipoteca a interés variable*. En estos casos, el tipo de interés queda sometido a su revisión (generalmente, anual o semestral), por lo que variará según las variaciones que experimente el índice de referencia. Formalmente, el tipo de interés del crédito es el resultado de aplicar una cantidad (constante durante toda la vida del crédito) sobre el índice que sirve de referencia (así, Euríbor+2,1)⁷¹; no pudiendo establecerse límites a la baja y no admitiéndose en la actualidad intereses negativos. Sobre esta modalidad, advierte el Banco de España que presenta inicialmente un tipo de interés inferior al de las hipotecas a tipo fijo, y suele contemplar plazos de amortización más largos; aunque el inconveniente para el cliente es que “Con un tipo de interés variable, podrías pagar una cuota mayor si los intereses suben, aunque puedes beneficiarte si bajan”.

3) *Hipoteca (a interés) mixta*. En este caso, asumiendo los dos modelos anteriores, se ofrece un interés fijo durante un período inicial (alrededor de 10 años), aplicando posteriormente un interés variable. La estabilidad inicial de las cuotas evita sorpresas a los clientes (que acomodan la cuota a sus posibilidades durante un largo periodo de tiempo, sin variaciones).

3. El cambio de modelo en la contratación de las hipotecas en España en relación con el tipo de interés. Análisis de resultados.

En las últimas décadas, el mercado hipotecario en España se ha caracterizado por un predominio de los préstamos a tipo de interés variable. Esta modalidad se consolidó como estándar desde principios de los años 2000⁷², favorecida por un contexto de estabilidad económica en la Eurozona, la unificación de tipos de interés interbancarios a través del EURIBOR, así como por la percepción, entre los consumidores, de menores costes iniciales. La estrategia comercial de las entidades financieras, orientada a promover este tipo de productos, también contribuyó decisivamente a su expansión.

71 Lógicamente, cualquiera de las “modalidades” de hipoteca de las que se está dando cuenta ofrecen extremos técnicos que exceden de las posibilidades de este trabajo. No obstante, se aprovechará para citar algunos de ellos. Por ejemplo, en relación con los tipos variables, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019) acabó con la práctica (frecuente hasta entonces) de imponer (sin conocimiento del cliente) las denominadas “cláusulas suelo” (que impedían aplicar sobre la cuota las bajadas que experimentara el índice de referencia, a partir de un mínimo). Para una primera aproximación a la ley, vid. MURGA FERNÁNDEZ, J. P., HORNERO MÉNDEZ, C.: *Estudios sobre la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Editorial Reus, 2020.

72 ALONSO, F., DEL RÍO, A., BLANCO, R.L.: “Créditos hipotecarios a tipo de interés fijo frente a tipo variable: comparación de riesgos e implicaciones macroeconómicas”, en *Boletín Económico, Banco de España*, 2004, pp. 73-83.

Figura 1. Evolución de los modelos de hipoteca según el tipo de interés (fijo/variable). Fuente: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24456#ltab-grafico>

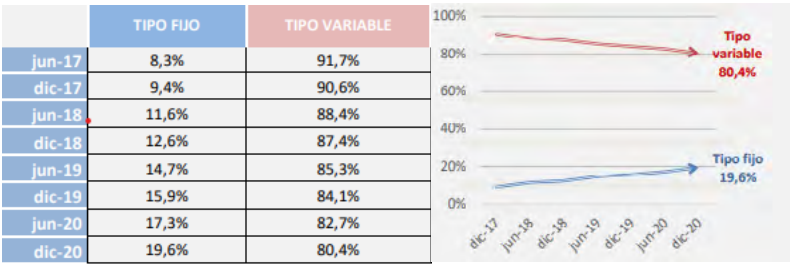


Como se observa en la Figura 1⁷³, desde 2002 hasta 2021 la mayoría de los contratos de préstamos para la adquisición de vivienda se formalizaron a tipo de interés variable. En el año 2015, esta modalidad representaba aproximadamente el 95% de las operaciones activas, frente al escaso 5% que correspondía a hipotecas a tipo fijo. Este predominio del tipo variable respondía, en buena medida, a la política de tipos de interés bajos adoptada por el BCE, que generó confianza en la estabilidad de las cuotas hipotecarias.

A partir de 2015, no obstante, comienza a observarse una inversión progresiva de esta tendencia. Aunque las hipotecas a tipo variable seguían siendo predominantes, se advierte un incremento progresivo de los préstamos a tipo fijo. Las Figuras 2 y 3 reflejan con claridad este fenómeno. En diciembre de 2017, tan sólo el 9,4% de las hipotecas se firmaban a tipo fijo, mientras que en diciembre de 2020 esa proporción se había elevado ya al 19,6%. Este cambio puede explicarse por diversos factores, entre los que cabe destacar la incertidumbre generada por los valores negativos del EURIBOR, no siempre bien comprendidos por los consumidores, y por la estrategia de los bancos, que comenzaron a promocionar los préstamos a tipo fijo como productos más seguros y estables para el consumidor.

⁷³ La línea que corresponde con el interés fijo representa un porcentaje cercano al 0% en el año 2009, experimenta un punto de inflexión (crecimiento) en 2015 hasta llegar al máximo (más del 70%) en el año 2022. Mientras que la línea que corresponde con el interés variable representa un porcentaje alrededor del 95% en el año 2009, reduciéndose notablemente a partir de 2015, alcanzando el mínimo en el año 2022 (ceca del 25%).

Figuras 2 y 3. Cartera de los bancos según tipo de interés formalizado y Cuota cartera según tipo de interés. Fuente: Asociación Hipotecaria Española

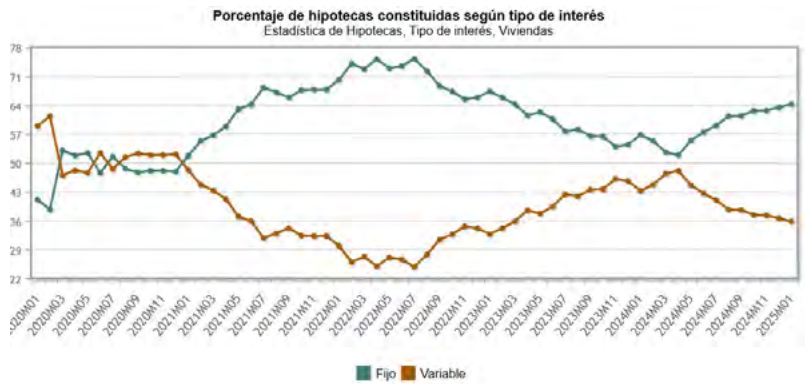


Esta tendencia se acentúa a partir de 2021, en un nuevo contexto macroeconómico. El repunte de la inflación (derivado principalmente de factores externos, como la guerra en Ucrania y el desabastecimiento internacional que conlleva) llevó al BCE a subir los tipos de la política monetaria⁷⁴. Esta medida redujo la liquidez y disponibilidad de crédito para los bancos y consumidores, y encareció el acceso al crédito (elevando su “precio”). El mercado hipotecario reflejó esta circunstancia, subiendo los tipos de interés y encareciendo el precio las hipotecas; muchos consumidores resultaron perjudicados y el modelo de nuevas hipotecas se consolidó hacia los tipos de interés fijos, en busca de certidumbre financiera. En este escenario, el interés fijo se consolidó como la opción preferida por los consumidores. En julio de 2022, por ejemplo, el 75,2% de las nuevas hipotecas se contrataban a tipo fijo, lo que supone un crecimiento notable respecto al mismo periodo del año anterior (68,2%)⁷⁵. Los consumidores priorizaron la seguridad y previsibilidad de sus pagos mensuales, inclinándose por esta modalidad incluso si su coste inicial era ligeramente superior.

74 Sobre esta cuestión, vid. https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2024/html/ecb.blog240608~aa46b5f2a0.es.html?utm_source=chatgpt.com; https://www.bde.es/f/webbe/GAP/Secciones/SalaPrensa/Articulos%20Prensa/AAAA-2023-12-19-hdc.pdf?utm_source=chatgpt.com.

75 Vid. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24456>.

Figura 4. Evolución de los modelos de hipoteca según el tipo de interés en el periodo 2020-2025 (fijo/variable)⁷⁶. Fuente: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=24456&L=0o>



En paralelo, en este mismo periodo, se ha observado un auge de las hipotecas mixtas, que combinan un tramo inicial a tipo fijo con uno posterior a tipo variable. Esta fórmula híbrida responde al deseo de los consumidores de encontrar un equilibrio entre estabilidad inicial y potencial de ahorro a largo plazo. Según los datos más recientes, los préstamos con un periodo fijo inicial superior a los 10 años representan el 64% del total, seguidos de las hipotecas mixtas (25%) y, muy por debajo, las de tipo variable (10%). De este modo, el 90% de las hipotecas originadas en ese momento incluían un tipo fijo inicial, lo que confirma una preferencia clara por la estabilidad en un entorno económico incierto.

Figura 5. Contratación hipotecaria según modalidad del tipo de interés formalizado (Cuotas de mercado). Crédito a la vivienda. Promedio anual. Fuente: <https://ahe.es/estadisticas/boletin-estadistico/archivos/BOLETIN-ESTADISTICO-IT-2024.pdf>

PERIODO	Variable (hasta 1 año)	Inicial fijo más de 1 y hasta 5 años	Inicial fijo más de 5 y hasta 10 años	Inicial fijo más de 10 años
2019	35,6%	26,2%	4,2%	34,0%
2020	34,7%	18,5%	3,1%	43,6%
2021	25,3%	16,1%	3,2%	55,5%
2022	24,0%	11,1%	4,3%	60,7%
2023	18,4%	22,2%	12,2%	47,2%
2024*	12,7%	19,3%	12,3%	55,6%
abr.-24	13,3%	21,8%	12,5%	52,4%
may.-24	12,6%	21,2%	11,7%	54,5%
jun.-24	11,6%	19,6%	11,2%	57,6%
jul.-24	10,1%	18,3%	11,4%	60,2%
ago.-24	11,6%	16,8%	11,2%	60,4%
sep.-24	9,6%	16,4%	11,5%	62,5%
oct.-24	10,3%	15,5%	11,3%	62,9%
nov.-24	10,4%	14,1%	11,4%	64,2%

*Promedio enero-noviembre

76 Esta grafica representa con más detalle el periodo comprendido entre el año 2020 y 2025 (ya contenido en la Figura 1), donde se aprecia con más detalle las variaciones experimentadas en esos años.

No obstante, la reciente bajada de los tipos de interés por parte del BCE y la mejora en las expectativas económicas podrían volver a inclinar el mercado hacia las hipotecas a tipo variable o mixto. En un contexto de costes de financiación más moderados, algunos consumidores podrían optar por beneficiarse de las eventuales bajadas del EURIBOR. Sin embargo, a día de hoy, la modalidad fija continúa liderando el mercado, reflejando una preferencia generalizada por la seguridad y previsibilidad en las cuotas hipotecarias.

Las razones de este cambio tan sustancial se encuentran desde luego, en múltiples factores relacionados con la situación económica internacional (particularmente, europea) y la situación social misma. Complejos factores influyen en cada aspecto de la economía y en muchos de ellos, por razones de política monetaria y los principios que la rigen, han intervenido nuestras autoridades monetarias.

Sin embargo, si se trata de centrarnos solo en un factor que explique ese cambio en el modelo de contratación de hipotecas, al margen de los expresados, de los que deriven del propio modelo de negocio de las entidades de crédito e, incluso, de las propias preferencias de los clientes de los bancos (a su vez, influenciados por la oferta de productos, la situación económica y la incertidumbre social de nuestros días), es el tipo de interés hipotecario de referencia el que ofrece una explicación descriptiva. El tipo de interés no solo “condiciona” el modelo de contratación y de las operaciones bancarias, sino que también son la referencia que, afectando a sus propios créditos, conducen las decisiones de los ciudadanos.

Como se ha indicado en las páginas anteriores, la estabilidad de precios y la liquidez procuradas por el BCE y el Eurosistema han favorecido la revisión del EURIBOR que, como puede apreciarse en la siguiente gráfica (Figura 6, ha evolucionado de forma paralela a los tipos oficiales de interés (el precio del dinero, Figura 7).

Figura 6. Evolución del EURIBOR. Fuente: <https://www.EURIBOR-rates.eu/es/graficos-del-EURIBOR/>

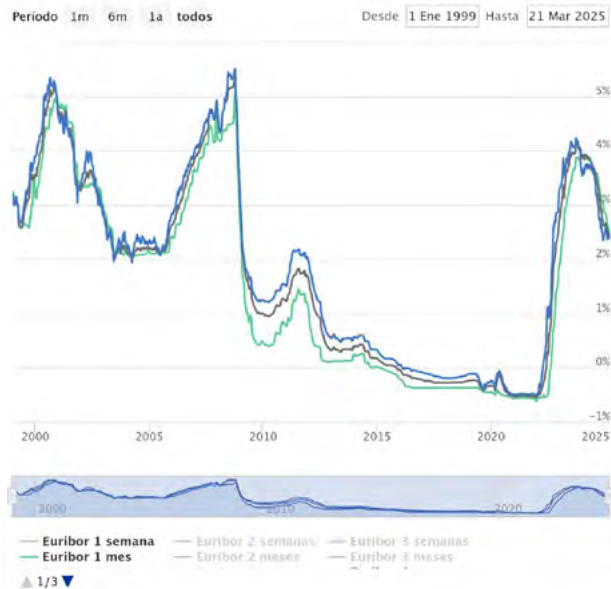


Figura 7. Evolución del precio del dinero (tipo de interés). Fuente: <https://www.EURIBOR-rates.eu/es/tipo-de-interes-del-bce/>



Así, para el año 2020, la política monetaria del BCE en relación con los tipos de interés, en particular, reduciendo sus importes, supuso al mismo tiempo la bajada (a niveles por debajo del 0) del EURIBOR; y, con ello, una reducción significativa del coste de los préstamos a tipo variable. Este escenario favoreció a los prestatarios, que vieron reducidas sus cuotas mensuales de forma considerable.

Sin embargo, a partir de julio de 2022, el BCE inició un proceso de subida de los tipos de interés oficiales para contener el repunte inflacionario. Esta medida tuvo un impacto inmediato sobre el EURIBOR, que experimentó un aumento significativo (alcanzando valores cercanos al 4% en 2023), encareciendo las hipotecas a tipo variable y promoviendo un giro en la demanda hacia productos a tipo fijo. Las entidades de crédito, ante esta nueva coyuntura, ajustaron su oferta hipotecaria, dirigiéndose hacia fórmulas que ofrecieran mayor previsibilidad y estabilidad a los consumidores.

Las gráficas evidencian la eficacia de la política monetaria adoptada en el marco europeo (Eurozona): actuando sobre el control de los tipos de interés oficiales supone que las entidades de crédito, reduciendo o aumentando sus depósitos en los bancos centrales, gocen de mayor o menor liquidez, respectivamente, para ofertar sus productos en el mercado. La interacción entre política monetaria, condiciones del mercado financiero y comportamiento del consumidor ha sido, por tanto, determinante en la reconfiguración del modelo hipotecario español. En momentos de elevada incertidumbre económica, tanto las entidades financieras como los particulares tienden a valorar positivamente las condiciones de estabilidad asociadas a los tipos fijos. De este modo, el crédito hipotecario ha seguido una evolución coherente con las decisiones adoptadas por el BCE, adaptándose a un entorno financiero cambiante pero guiado por los principios de estabilidad, previsión y control del riesgo.

A pesar de esta evolución hacia la bajada, la reciente moderación de los tipos de interés por parte del BCE y la mejora de las perspectivas macroeconómicas están propiciando un nuevo cambio en el comportamiento del mercado hipotecario. En un entorno de costes financieros más contenidos, ciertos segmentos de consumidores podrían volver a decantarse por hipotecas a tipo variable o mixto, con el objetivo de beneficiarse de posibles reducciones futuras en el EURIBOR. No obstante, en el momento actual, la modalidad fija continúa ostentando una posición predominante, reflejando una preferencia generalizada por la seguridad y previsibilidad en el cálculo de las cuotas hipotecarias. La moderación del EURIBOR durante 2025, paralela a la revisión a la baja de los tipos de interés, podría conllevar nuevamente una tendencia a la contratación de las hipotecas a tipo variable o mixto, en función del perfil del prestatario y de las expectativas de evolución del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, F., DEL RÍO, A. y BLANCO, R. L.: "Créditos hipotecarios a tipo de interés fijo frente a tipo variable: comparación de riesgos e implicaciones macroeconómicas", en *Boletín Económico, Banco de España*, 2004.

ANDRÉS SÁNCHEZ, J.: "Evaluación de la sensibilidad de la cuota de los préstamos a interés variable a la variación del índice de referencia. Evidencia empírica en el mercado hipotecario español en el periodo 2009-2013", en *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Volume 21, Issue 3, 2015.

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Un análisis dinámico de la cartera hipotecaria española. Segundo semestre de 2020*, 2021.

BANCO CENTRAL EUROPEO:

- *El Banco Central Europeo. El eurosistema. El sistema Europeo de Bancos Centrales*, Frankfurt, 2011.
- *La estabilidad de precios: ¿por qué es importante para ti?*, Frankfurt, 2009.
- *La política monetaria del BCE 2011*, Frankfurt, 2011.
- *La política monetaria única en la zona del euro: Documentación general sobre los instrumentos y los procedimientos de la política monetaria del Eurosistema*, Frankfurt, 2002.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Vol. II. Contratos mercantiles. Derecho de los títulos-valores. Derecho Concursal*, 30.^a ed., Tecnos, Madrid, 2024.

COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN: *La Unión Europea. Qué es y qué hace*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Bruselas, 2022.

COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN y FONTAINE, P.: *12 lecciones sobre Europa*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Bruselas, 2017.

DÍEZ-PICAZO, L. M.^a: *Fundamentos del Derecho Patrimonial. Tomo I*, 6.^a ed., Civitas, Navarra, 2007.

DOMBROVSKIS, V. y MOSCOVICI, P.: *Documento de reflexión sobre la profundización de la Unión Económica y Monetaria*, Comisión Europea, Comisión Europea, COM (2017) 291, Bruselas, 2017.

LASARTE ÁLVAREZ, C. y CALAZA, A.: *Principios de Derecho Civil. Tomo III. Contratos*, 25ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024.

MARTÍN-ACEÑA, P.: "The Banco de España, 1782-2017. The History of a Central Bank", en *Estudios de Historia Económica*, núm. 73, 2017.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A.: "Lección 18.ª. Contratos mercantiles de depósito y préstamo. Garantías mercantiles", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Mercantil* (coord. por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y A. DÍAZ MORENO), 27ª ed., Tecnos, Madrid, 2024.

MORÁN BOVIO, D.: "El contrato de préstamo mercantil", en AA.VV.: *Derecho mercantil. Volumen 5.º: Contratación mercantil* (coord. por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y A. DÍAZ MORENO), 15ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y HORNERO MÉNDEZ, C.: *Estudios sobre la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Editorial Reus, 2020.

POMED SÁNCHEZ, L.A.: *El régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Principios de Derecho Mercantil. Tomo II. Títulos y valores. Los contratos mercantiles. Crisis económica del empresario*, 29ª ed., Aranzadi La Ley, 2024.

SCHEINERT, C.: *Historia de la unión económica y monetaria*, 2024.

SOLER-DOMINGO, A. y GONZÁLEZ DÍAZ, A.: "Control de los tipos de interés en la política monetaria europea", *Anales de economía aplicada*, 2003.

LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LOS PROCESOS
PENALES POR VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

*GENDER STEREOTYPES IN CRIMINAL PROCEEDINGS FOR
VIOLENCE AGAINST WOMEN*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 664-695

Victoria Claudia
DZURA
FILIPCZUK

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El presente trabajo pretende abordar las cuestiones más relevantes relacionadas con el uso de los estereotipos de género en los procesos penales por violencia sobre la mujer, desde su incidencia en la fase de instrucción, así como en la fase del enjuiciamiento y la valoración de la prueba. Asimismo, se analiza también la relación entre los estereotipos de género con el principio de imparcialidad, así como el remedio frente a una justicia estereotipada: la perspectiva de género.

PALABRAS CLAVE: Estereotipos de género; víctima; perspectiva de género; imparcialidad; credibilidad.

ABSTRACT: *This paper addresses the most relevant issues related to the use of gender stereotypes in criminal proceedings for violence against women, from its incidence in the pre-trial phase, as well as in the trial phase and the evidence evaluation. It also analyzes the relationship between gender stereotypes and the principle of impartiality, as well as the remedy against stereotyped justice: the gender perspective.*

KEY WORDS: *Gender stereotypes; victim; gender perspective; impartiality; credibility.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO PRESENTES EN LA FASE PREPROCESAL: CUANDO LA MUJER VÍCTIMA DENUNCIA.- III. ESTEREOTIPOS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.- IV. ESTEREOTIPOS EN SEDE DE ENJUICIAMIENTO.- V. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO Y LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA: LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Los estereotipos forman parte de nuestra naturaleza como seres humanos. En nuestra interpretación de la realidad recurrimos continuamente a ideas preconcebidas, sesgos o generalizaciones que nos permiten justificar comportamientos, actitudes o habilidades de otras personas, a las que organizamos automáticamente en categorías, y a las que, con frecuencia, juzgamos bajo la influencia de características preestablecidas. Todo ello, con el fin de facilitar nuestra comprensión del mundo, de las situaciones y de las personas que nos rodean¹. Se trata, en definitiva, de un fenómeno tan automático como natural que predefine a las personas por su mera pertenencia a un determinado grupo social.

Los estereotipos han sido ampliamente abordados y tratados por la doctrina, entre la que destacan COOK y CUSACK, que sostienen que “asignar estereotipos hace parte de la naturaleza humana. Es la forma en que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupos o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea”². También son acertadas otras definiciones de este concepto, como la ofrecida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que entiende que se trata de “la visión generalizada o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir”³.

Pero, establecida la definición genérica de los estereotipos, ¿qué son los estereotipos de género? Siguiendo a COOK y CUSACK, coincidimos en que “los estereotipos de género hacen referencia a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales”⁴.

1 COOK, R. J. y CUSACK, S.: *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Colombia, 1997, p. 1.

2 COOK, R. J. y CUSACK, S.: *Estereotipos de género*, cit., p. 1.

3 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G.: “Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación”, *Oñati Socio-Legal Series*, 5, núm. 2, 2015, p. 501.

4 COOK, R. J. y CUSACK, S.: *Estereotipos de género*, cit., p. 2.

• Victoria Claudia Dzura Filipczuk

Abogada en ejercicio en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Valencia y Doctoranda en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal en la Universitat de València. Correo electrónico: viciud@alumni.uv.es.

Si bien es cierto que los estereotipos no son automática y necesariamente negativos, pues sencillamente son ideas preconcebidas que atribuyen diferentes roles a las mujeres y hombres, en este artículo nos centraremos en los estereotipos que afectan negativamente a las mujeres. En este sentido, las mujeres son, frecuentemente, percibidas bajo la influencia de sesgos que son producto “de un machismo estructural que no sólo nos rodea sino que nos define”⁵, siendo ideas generalizadas que consolidan las desigualdades entre mujeres y hombres y que, a la postre, no son más que una manifestación más de la subordinación de poder de las mujeres respecto de los hombres⁶. Estas generalizaciones a la vez que asignan roles concretos a hombres y mujeres, constituyen una manifestación de “un problema estructural de raíces históricas que se encuentra en la base de conflictos de diversa tipología”⁷. El peligro está en que en la mayoría de las ocasiones los estereotipos de género se asumen como verdades incuestionables, que forman parte de nuestra identidad y sociedad y que resultan difíciles de contradecir o eliminar.

Algunos de los estereotipos más frecuentes tienen que ver con el rol de la mujer destinada a la procreación, a que el género femenino es el género débil, los referidos a la llamada víctima ideal (que nos llevan a juzgar que una mujer que ha sufrido un delito con implicaciones de género ha de actuar de una manera concreta) o incluso estereotipos referidos a sus traumas, a su vida personal (como haber iniciado una nueva relación o haber mantenido relaciones sexuales tras ser víctimas de un delito sexual), etc⁸.

Pero estos sesgos de género son especialmente alarmantes en el ámbito procesal pues no solamente afectan a cómo se comportan los diferentes agentes policiales y judiciales en el desarrollo de todo el procedimiento, sino que también influyen en la “credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos”⁹. Además, hay que recordar que los estereotipos de género suponen “un asunto de derechos humanos”¹⁰ que perjudica a las mujeres en el seno de un procedimiento penal (aunque no solamente).

5 VARELA CASTEJÓN, X. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, N. “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género”, *Boletín comisión penal «monográfico perspectiva de género en el proceso penal»*, vol. I, núm. 10, 2018, p. 9.

6 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G.: “Los Estereotipos de Género”, cit., p. 503.

7 RAMÍREZ ORTIZ, J. L.: “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, vol. I, núm. 2, 2022, p. 202.

8 IBÁÑEZ DÍEZ, P.: “La declaración de la perjudicada en los procedimientos de violencia de género: una aproximación crítica desde el ejercicio de la abogacía”, *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. I, 2015, p. 66. A mayor abundamiento, la autora, abogada del Ilustre Colegio de abogados de Madrid, señala que “habitualmente la veracidad de la declaración de la víctima se ve cuestionada y disminuida por la aplicación de ciertos estereotipos emanados de la estructura social de género”.

9 HERNÁNDEZ MOURA, B.: “Consideraciones en clave de género sobre la valoración del testimonio en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en atención a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, 2023, p. 11.

10 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G.: “Los Estereotipos de Género” cit., p. 498. De ahí que, por ejemplo, el Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer haya centrado su labor en la realización

Sin embargo, este artículo no se va a centrar en la distinción de los estereotipos de género, siendo esto objeto de la excelente obra de COOK y CUSACK (entre otras), distinción con la que coincidimos totalmente y a la que nos remitimos. Focalizaremos nuestro interés en analizar la influencia de los estereotipos de género en el ámbito procesal, con especial atención en los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales y los delitos de violencia de género, en los que los estereotipos de género actúan como “anticipaciones o proyecciones del comportamiento esperable de una víctima”¹¹ -la mujer, en este caso-, que, a menudo, suponen una imposibilidad del disfrute de los derechos fundamentales y, por lo tanto, entrañan un perjuicio que nace del abuso de poder que separa a hombres y mujeres. Es por ello que los estereotipos de género presentan mayor problema en los delitos contra la mujer, suponiendo un plus de lesividad cuando la violencia la ejerce un hombre frente a una mujer, pues ello es resultado del contexto social en el que la mujer ha sufrido (y sigue sufriendo) discriminación¹².

Si bien la erradicación de los estereotipos de género y las desigualdades que estos provocan en contra de la mujer, ha sido uno de los objetivos primordiales establecidos en los instrumentos legislativos, tanto en el marco internacional como regional y nacional, lo cierto es que el debate acerca de los estereotipos de género y sus efectos negativos para las mujeres ha cobrado especial importancia en los últimos años en nuestro país, especialmente tras las últimas tendencias jurisprudenciales del Tribunal Supremo. Pero queremos insistir en que, aunque exista una labor legislativa tendente a evitar la estereotipación de las mujeres como objetivo prioritario, no se trata de un fenómeno especialmente antiguo y ya superado, sino que se trata más bien de un fenómeno actual y novedoso, pues no fue hasta 1979 que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, en adelante), instrumento internacional crucial en el ámbito de protección de la mujer¹³, en la que aborda la desigualdad entre los hombres y las mujeres, así como hace una mención expresa a la importancia de la participación de los Estados en la toma de medidas referidas a “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”¹⁴.

de Recomendaciones sobre medidas que eliminen los estereotipos de género con el fin de garantizar los derechos humanos de las mujeres.

11 COOK, R. J. y CUSACK, S.: *Estereotipos de género*, cit., p. 3.

12 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: “La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer”, *Boletín comisión penal «monográfico perspectiva de género en el proceso penal»*, vol. I, núm. 10, 2018, p. 29.

13 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G.: “Los Estereotipos de Género”, cit., p. 507.

14 Art. 5 CEDAW.

En el ámbito que nos ocupa, son especialmente importantes las Recomendaciones 19 y 35 del Comité de expertos de la CEDAW, que inciden en la importancia de la eliminación de los estereotipos de género y en su fundamental papel en cuanto a la erradicación de la desigualdad que sufren las mujeres. Tal es así, que la Recomendación 19, publicada en el año 1992, insiste en la importancia de establecer medidas concretas tendentes a eliminar todo tipo de violencia contra la mujer, pero también considera fundamental eliminar “las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas [...] ya que esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación de la mujer”¹⁵.

La Recomendación 35, por su parte, que es una actualización de la 19 y que fue publicada en el 2017, ya introduce el término de perspectiva de género como herramienta para luchar contra los estereotipos de género, tanto desde el ámbito preventivo y de protección, así como en el del enjuiciamiento, haciendo especial hincapié en la obligación de los órganos judiciales de mantener la imparcialidad en los procedimientos judiciales, alejándose, por lo tanto, de interpretaciones discriminatorias y sesgadas en contra de las mujeres.

En definitiva, la CEDAW y las Recomendaciones publicadas por el Comité de expertos ofrecen un catálogo de artículos y recomendaciones que concluyen que la interpretación de la CEDAW ha de realizarse a la luz de “la obligación de los Estados Parte de adoptar todas las medidas apropiadas para enfrentar los estereotipos y la estereotipación que reduce la capacidad de las mujeres de acceder a la justicia”¹⁶. No se trata únicamente de permitir y garantizar un acceso de las mujeres a la justicia, sino de eliminar los obstáculos (consecuencia de los prejuicios y estereotipos de género negativos) que esta encuentra en su camino cuando por fin decide denunciar un delito con implicaciones de género y, consecuentemente, recurre al procedimiento penal¹⁷.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar que desde el punto de vista regional es especialmente relevante el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica -Convenio de Estambul-, ratificado por España, que recoge la obligación por parte de los Estados Parte de llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos, de manera eficaz, aplicando la perspectiva de género (art. 49).

¹⁵ Párrafo II de la Recomendación 19.

¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G.: “Los Estereotipos de Género” cit., p. 508.

¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G.: “Los Estereotipos de Género” cit., p. 508. Concretamente, la autora señala que “no es suficiente que los Estados garanticen el acceso a la justicia de las mujeres en condiciones de igualdad en sus leyes y políticas. Deben también dar pasos para afrontar las barreras que las mujeres encuentran –en este caso, los estereotipos dañinos de género y la aplicación incorrecta de los mismos–, de manera que puedan acceder a la justicia en la práctica cuando se violan sus derechos”.

En el ámbito nacional, destaca la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que recoge un catálogo de medidas, no solo en el ámbito jurídico, sino también en el sanitario y social¹⁸.

Desde el marco procesal, cuando hablamos de la influencia negativa de los estereotipos de género, nos referimos a las actuaciones estereotipadas y estigmatizantes frente a las mujeres víctimas de esta categoría de delitos, que entendemos como aquellas actuaciones en el marco jurídico que hacen referencia a “las conductas (acciones u omisiones) -y los discursos (escritos u orales)- motivados por estereotipos de género que generan un perjuicio injustificado a alguna de las partes en el proceso judicial”¹⁹ (en este caso, a las mujeres). Como respuesta a estas patentes diferencias sociales entre géneros, no solamente en acciones cotidianas sino también visibles en el plano legislativo o en el plano judicial, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia han entendido que un enfoque de género es crucial para tratar de erradicar los estereotipos. Ello porque, en palabras de expertos en la materia como RAMÍREZ ORTIZ, “en el análisis de la realidad es esencial introducir una herramienta conceptual que parta de la conciencia de la situación histórica y presente en que se desenvuelve la mujer en el sistema”²⁰, siendo dicha herramienta la perspectiva de género.

Para aplicar la perspectiva de género hay que partir de la identificación de los estereotipos de género basados en creencias preestablecidas sobre el rol (en este caso de la mujer), probar cómo afecta a esta y cuáles son los efectos negativos de la aplicación de dicho sesgo²¹. Sin embargo, “aplicar la perspectiva de género no consiste únicamente en visibilizar su existencia sino también en probar que se trata de un estereotipo nocivo que ha causado consecuencias injustas e injustificadas”²². Por lo tanto, aparte de la tarea de identificación, los órganos judiciales deberían probar los efectos negativos de la aplicación de los estereotipos de género.

En este sentido, centrándonos en el plano procesal ante la mujer víctima, de la que se esperan comportamientos concretos en su condición de víctima en el proceso penal, entendemos que juega un papel cuanto menos crucial el enfoque de género, como una herramienta para erradicar estos estereotipos que hacen que los agentes que intervienen en un procedimiento judicial esperen

18 RAMÍREZ ORTIZ, J. L.: *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 68.

19 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, Cizur Menor, 2020, p. 34.

20 RAMÍREZ ORTIZ, J. L.: “El testimonio único de la víctima”, cit., p. 202.

21 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 19.

22 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 20.

determinadas actuaciones de una víctima de este tipo de delitos, siendo que “una mirada sensible al género favorecerá, [...] la localización de indicios que apunten la fiabilidad del testimonio”²³. En definitiva, aparece el concepto de perspectiva de género como una especie de respuesta a las desigualdades producidas por los estereotipos de género, a través de un enfoque de género, que trata de eliminar los sesgos que conllevan²⁴. Pero no hay que confundir la perspectiva de género con “un antídoto contra todos los males de la violencia de género”²⁵ (ni de los crímenes contra la mujer en sentido amplio).

De todo lo anteriormente dicho, la perspectiva de género no debe analizarse desde una óptica que otorgue una posición cualificada a la víctima de delitos con implicaciones de género que, a su vez, debilite las garantías del presunto agresor, especialmente su derecho fundamental a la presunción de inocencia, como una especie de nuevo estándar probatorio, sino que la perspectiva de género ha de entenderse como un elemento fundamental a tener en consideración respecto a los delitos con implicaciones de género, en el sentido de analizar los diferentes estereotipos que existen en un caso concreto, para así poder eliminarlos en sede judicial²⁶ y, como resultado, garantizar la igualdad de las partes.

En efecto, más allá de evitar la emisión de fallos absolutorios cuando en realidad el presunto agresor es culpable, la perspectiva de género trata de paliar el peligro que supone la carencia de una sensibilidad de género respecto a todas las fases procesales, desde desalentar a la presunta víctima de que presente una denuncia, la recogida de elementos corroboradores de la declaración de la víctima, hasta el enjuiciamiento.

Además, la perspectiva de género debe aplicarse en sintonía con la obligación por parte del Estado de llevar a cabo una diligencia debida reforzada, y ello, en el marco que nos ocupa, debería de manifestarse en una investigación diligente y eficaz que, de un lado, recopile medios de prueba suficientes para poder dictar una sentencia condenatoria y, por el otro, permita valorar de manera libre de estereotipos la declaración de la víctima. Y esto juega un papel especialmente

23 HERNÁNDEZ MOURA, B.: “Consideraciones en clave de género”, cit., p. 6.

24 RUEDA SORIANO, Y.: “Los estereotipos de género en el proceso penal”, *Boletín comisión penal «monográfico perspectiva de género en el proceso penal»*, vol. I, núm. 10, 2018, p. 15.

25 CARBONELL BELLOLIO, F.: “La perspectiva de género en la actividad racional judicial” (conferencia presentada en el *Seminario Internacional sobre los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica*, Santiago de Chile, 17 y 18 de mayo de 2023). <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/noticias/370-los-desafios-para-incorporar-la-perspectiva-de-genero-en-la-administracion-de-justicia-en-iberoamerica>

26 CERVANTES ROMÁN, M. E.: “El tratamiento procesal de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género”, *Revista Derecho y Proceso*, núm. 2, 2022, p. 59; DI CORLETO, J.: “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en los casos de violencia de género”, en AA.VV.: *Género y justicia penal* (comp. por J. DI CORLETO), Buenos Aires, Didot, 2017, p. 3. DI CORLETO se refiere a la importancia de la perspectiva de género como herramienta que “advierta sobre el sesgo discriminatorio que tradicionalmente ha regido la valoración de la prueba”.

importante en el ámbito de la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim, con especial incidencia en el marco de la violencia sobre la mujer por motivos obvios, pues la perspectiva de género debería poder permitir conseguir un acervo probatorio, aunque la víctima-testigo decida no declarar, cuya manifestación debería verse en un aumento de “medidas materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho (la dispensa) por cuestiones distintas a su propia voluntad”²⁷, y no en una obligación de declarar, a toda costa, según su comportamiento procesal. Así, podría pensarse que el art. 416 LECrim “encierra peligrosos obstáculos y choca frontalmente con la diligencia que propone nuestro Tribunal Constitucional en la investigación eficaz de los delitos de violencia de género que debe llevarse hasta sus últimas consecuencias”²⁸, pues aunque la víctima-testigo declare, no decae la obligación del Estado de llevar a cabo una investigación diligente.

En ese marco, no son pocas las ocasiones en las que los tribunales se han pronunciado acerca de la presencia de estereotipos de género en las fases de incoación, investigación o resolución de procedimientos penales por delitos con implicaciones de género. Esto no es más que una clara manifestación de que todas las etapas del procedimiento penal están expuestas a los efectos negativos por la aplicación de máximas definidas por los estereotipos de género y que ha dado pie a un entendido debate sobre el enjuiciamiento con perspectiva de género y sus límites.

II. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO PRESENTES EN LA FASE PREPROCESAL: CUANDO LA MUJER VÍCTIMA DENUNCIA.

Esta fase constituye la primera toma de contacto de la víctima con el sistema de justicia penal. Este primer acercamiento, que inicia con la decisión de denunciar, no está libre de la influencia perjudicial de los estereotipos de género. En este sentido, y desde el punto de vista de la víctima, esta es, probablemente, una de las decisiones más complejas, pues supone un juicio de valoración de las ventajas e inconvenientes de denunciar a su agresor, teniendo en cuenta todas las circunstancias en cada caso. Pero la denuncia es únicamente el primer paso de un largo proceso que, lamentablemente, en muchas ocasiones supone una revictimización de la víctima²⁹.

27 ETXEBERRÍA GURIDI, J. F.: “La LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y su incidencia probatoria en el proceso penal”, en AA.VV.: *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos. Libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez* (dir. por P. GONZÁLEZ GRANDA, J. DAMIÁN MORENO, y M. J. ARIZA COLMENAREJO), Colex, Madrid, 2022, p. 390.

28 FERNÁNDEZ NIETO, J.: “Dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim: el camino que queda por andar. Hacia un nuevo proceso garante de los derechos de la víctima penal”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 36, 2022, p. 6.

29 ARANDA LÓPEZ, M. et al.: “Percepción de la segunda victimización en violencia de género”, *Escritos de Psicología*, núm. 2, 2014, p. 12. La segunda victimización es una consecuencia del proceso penal, que implica el paso de la víctima por diferentes fases y servicios: el centro sanitario que la atiende, la comisaría donde

El ejemplo más claro de este tipo de victimización trae frecuentemente causa en una mala praxis de los profesionales que atienden en primer lugar a la víctima, que lejos de animar a la mujer víctima (o, como preferimos, afirmada víctima³⁰) a que interponga la denuncia y prosiga con el procedimiento penal, en ocasiones tratan de culpabilizarla y responsabilizarla por lo ocurrido³¹, teniendo ello un efecto desalentador respecto a la denuncia por parte de la víctima que, decidida a tomar el primer paso y denunciar, se encuentra con muchos obstáculos en su camino, que van desde el miedo que siente la mujer que se decide a denunciar, hasta la reacción o actitud pasiva de los agentes policiales ante la denuncia de los hechos.

Los expertos en la materia entienden que “la percepción de segunda victimización se produce fundamentalmente ante la valoración negativa del servicio judicial y policial”³² y entienden que esta segunda estigmatización sucede, entre otros factores, por “la falta de preparación y/o sensibilización del personal que atiende a las víctimas”³³. Ello es lógico, teniendo en cuenta que los agentes de la policía son los primeros sujetos con los que tiene contacto la víctima, y no es infrecuente que su actuación venga mediada por la supervivencia de estereotipos de género o estereotipos en torno a la propia violencia sexual.

En este sentido, existen estudios sobre los estereotipos de género en los agentes de la policía que atienden a mujeres que presentan denuncias por delitos con implicaciones de género. Uno de estos estudios es el realizado por BANDRÉS GOLDÁRAZ, que centró su investigación en la Policía Local de la provincia de Zaragoza, encargada de atender a mujeres que presentan denuncias por violencia de género. Para ello, llevó a cabo una encuesta sobre las reacciones de los agentes de la Policía Local (193 agentes en total) ante víctimas que presentaron denuncias por violencia de género. Las preguntas iban dirigidas a las percepciones

acude a denunciar y el órgano judicial encargado de la instrucción y del enjuiciamiento. Este proceso conlleva “un desgaste físico y psicológico que genera importantes secuelas, ya que la mujer tiene que declarar y revivir repetidamente la experiencia sufrida. Todo ello comporta la segunda victimización y su aparición aumenta la probabilidad de abandono del proceso policial y judicial”.

- 30 RAMÍREZ ORTIZ, J. L.: *Perspectiva de género*, cit., p. 141. En este sentido, compartimos la argumentación de RAMÍREZ ORTIZ, y sostenemos que denominar víctima a la persona que es la afirmada víctima es un error desde el punto de vista jurídico penal, puesto que, al igual que no hay un autor antes de la sentencia de condena (siendo este presunto autor, únicamente), tampoco debería hablarse de víctima hasta que no se dicte sentencia. No obstante, por razones de agilidad en este trabajo nos referiremos a la víctima.
- 31 GONZALO RODRÍGUEZ, M.^a T.: “La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 51, 2020, p. 113. En este sentido, además, se pronuncia nuestro Tribunal Supremo, en sentencias como la STS núm. 184/2019, de 2 abril de 2019, FJ 2º [ROJ STS 1071/2019], en la que el TS señala que la tardanza en la denuncia en los casos de violencia de género no puede suponer una duda respecto a la credibilidad de su testimonio, y, en palabras del TS “ello, no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo, y, en muchos casos, hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables. Todo ello, las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo”. Por lo tanto, el hecho de denunciar muchas veces les supone un sentimiento de culpa por el tratamiento que reciben por parte de las autoridades.
- 32 ARANDA LÓPEZ, M. et al.: “Percepción de la segunda victimización”, cit., p.16.
- 33 ARANDA LÓPEZ, M. et al.: “Percepción de la segunda victimización”, cit., p.16.

personales de los agentes en este tipo de denuncias, así como creencias respecto a los estereotipos de género y sobre la violencia de género, entre otras.

Por lo que atañe a los resultados de este trabajo, destaca que el 55,6% de los agentes de la policía local consideran que, a veces, la mujer interpone denuncias falsas únicamente para perjudicar a su marido; el 65,6% cree que alguna vez la víctima de género le puede estar mintiendo; el 92,2% afirma haber aconsejado a una víctima que solucionara el problema con su marido antes de iniciar un procedimiento judicial; el 50% considera que el movimiento feminista a veces exagera los casos de violencia de género en perjuicio de los hombres; y el 93,3% considera que hay denuncias falsas en violencia de género³⁴. Estos porcentajes denotan una manifiesta presencia de estereotipos de género en la policía, que pueden perjudicar eventualmente a la mujer que se decide a denunciar, ya que, o bien intentan restar importancia a su vivencia tratando de reconducir la solución del problema a la intimidad del ámbito familiar y, por lo tanto, desanimando a la víctima para que no denuncie; o bien, aunque asistan a la víctima durante la interposición de la denuncia, personalmente opinan que puede estar mintiendo para perjudicar a su pareja o expareja, por lo que probablemente esa asistencia no sea neutra e imparcial, sino más bien sesgada, lo que igualmente afecta de manera negativa a la mujer, pues puede condicionar el sentido de la actuación policial, en primer lugar, y después el judicial³⁵.

En la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid, de 13 de octubre de 2020, el juez se hace eco de estos estereotipos en las instancias policiales y se centra en dar cuenta de los sesgos de género que se aplicaron en el siguiente caso por parte de los agentes de la Policía Nacional, que trataron de desmotivar absolutamente la interposición de la denuncia por parte de una de las víctimas, que contaba incluso con un elemento de prueba fundamental -un pantalón manchado de semen del tatuador-, que ofreció a los agentes y que estos decidieron no recoger. En este sentido, tras los hechos, esta víctima quiso asesorarse para interponer una denuncia y para ello acudió a la Unidad de Familia y Mujer de la Policía Nacional, donde los agentes le recomendaron no denunciar pues “iba a tratarse de su palabra contra la del denunciado”³⁶. Al respecto, señala el Juzgado de lo Penal que “esta negligencia policial podía haber evitado un enjuiciamiento prolongado, pues si un análisis científico determina que en el pantalón de (la víctima)

34 BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.: “Estereotipos de género en la policía local que atiende a mujeres que presentan denuncia por violencia de género”, en AA.VV.: *Estudios de Género en tiempos de amenaza* (coord. por E. BANDRÉS GOLDÁRAZ), Dykinson S.L., Madrid, 2021, pp. 413-422. Los porcentajes que hemos destacado para el presente trabajo responden a las preguntas once, doce, quince, diecisiete, diecinueve y veintitrés del cuestionario, respectivamente.

35 BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.: “Estereotipos de género”, cit., p. 426.

36 La sentencia resuelve un caso de tres delitos de abuso sexual cometidos por un tatuador respecto a tres chicas jóvenes (una de ellas de 16 años de edad), y por un delito de exhibicionismo, por hechos ocurridos entre los años 2015 y 2018.

había semen toda excusa del acusado sería ociosa, hubiera evitado el peregrinaje de declaraciones y sometimiento a cuestionamiento constante en su versión y, desde luego, hubiera facilitado la argumentación de que los hechos ocurrieron tal y como lo cuenta Nuria. Cualquier otra víctima menos sensibilizada, cualquier otra persona menos beligerante o que se sintiera culpabilizada por lo sucedido hubiera abandonado su interés, no ha sido el caso, como también la rectificación policial una semana después, aunque perdida ya una prueba importantísima, subsanaba en parte la ineficacia inicia”³⁷.

Es evidente, por tanto, que los sesgos existentes en las actuaciones de las autoridades policiales son una realidad preocupante, máxime teniendo en cuenta que son los responsables de llevar a cabo la primera toma de contacto con la víctima, a escuchar cuál es su relato y a asistirle en uno de los momentos más delicados de un largo camino judicial³⁸. De ahí que una mala praxis policial sesgada por los estereotipos de género puede suponer un grave perjuicio para la víctima, pues incluso podría resultar en una falta de persecución de los hechos y, consecuentemente, que éstos quedaran impunes³⁹. Es por ello por lo que una actuación policial correcta en el momento de la denuncia es tan importante como

37 SJP núm. 3 de Valladolid núm. 174/2020, de 13 de octubre de 2020, [RO] SJP 41/2020].

38 Ilustrativa de estos sesgos en los agentes de la policía es la STMC, núm. 17/2022, de 24 de febrero de 2022, [RO] STMC 21/2022], que confirma la sanción por falta grave impuesta a dos agentes de la Guardia Civil pues estos, ante el aviso de la madre de una menor que había sido agredida y amenazada por su novio (y que posteriormente se confirmó en una sentencia condenatoria), sabiendo que existía una orden de alejamiento respecto a la menor por parte del agresor, y existiendo claras evidencias de la agresión, lejos de ofrecer algún tipo de protección u apoyo a la víctima, se limitaron a decirle que debía acudir al hospital a realizarse una parte médico por si al día siguiente decidía interponer una denuncia. Señala el TMC que los agentes “tampoco realizaron diligencia alguna para localizar al presunto agresor, que además tenía sobre sí una orden de alejamiento y cuya localización les había sido comunicada por la madre de la víctima; omitieron cualquier labor de prevención o protección de la víctima [...] Actitud pasiva que mantuvieron incluso después de saber por boca de la madre de la víctima, que en el centro hospitalario se había producido una intervención de la Policía Nacional por el mismo motivo”. Su actuación negligente parece ser más propia de dos agentes que, sesgados por los estereotipos de género, restan importancia al relato de la víctima en lugar de creer su versión (que no hay que olvidar que posteriormente fue confirmada a través de una sentencia).

39 En el ámbito de la actuación policial y judicial, la Ley 4/2005, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVID) establece, en su art. 31, que el Gobierno y las Comunidades Autónomas aprobarán los Protocolos que sean necesarios en el ámbito de la protección de las víctimas. Además, la LEVID recoge que, para evitar la victimización secundaria, se han de llevar a cabo actuaciones prontas que garanticen los derechos de las víctimas. Asimismo, el art. 32 de la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, también contempla el establecimiento de protocolos de actuación en los procedimientos por violencia de género. Tal es así que, en el ámbito de la violencia de género y violencia doméstica, existe el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, aprobado el 28 de junio de 2005, tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que señala que los funcionarios tienen que estar “especializados en el tratamiento de la violencia de género y doméstica”, así como establece cómo ha de ser la actuación en la fase de investigación policial. En definitiva, el Protocolo incide en una pronta actuación por parte de la policía, que se inicien las actuaciones de averiguación del riesgo para la víctima, así como una lista de actuaciones tendentes a la protección de la víctima. Por lo que respecta a los delitos de carácter sexual, existen diferentes protocolos en las Comunidades Autónomas, que inciden en las buenas prácticas en la asistencia a las víctimas de este tipo de delitos.

fundamental, pues puede suponer o la protección de la víctima o la revictimización de ésta⁴⁰.

Ello nos lleva al siguiente punto, y es que, en muchas ocasiones, aunque la víctima denuncie y se lleve a cabo una investigación policial que termine en la incoación de un procedimiento penal, es posible que el atestado policial llegue contaminado por los sesgos de los agentes que lo realizan y ello porque estos también tienen interiorizadas concepciones preestablecidas respecto a las víctimas mujeres. En este sentido, los atestados policiales son realizados por policías, siendo que algunos de ellos “ni conocen los rudimentos del modo en que ha de recogerse el testimonio, ni tienen cuidado alguno en no introducir sus sugerencias, sus percepciones, ni dejan constancia de las preguntas y sugerencias que han realizado a la persona para obtener el relato consignado en la denuncia”⁴¹. Este puede tener consecuencias deplorables respecto a la víctima, pues puede favorecer sobreseimientos “prematurados” de procedimientos que, de investigarse con perspectiva de género, pudieran resultar, como mínimo, en una investigación diligente y eficaz⁴².

Un caso paradigmático sobre los estereotipos de género presentes en el momento de la interposición de la denuncia es el caso *González y otras vs. México*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) el 16 de noviembre de 2009; y que condenó al Estado de México por la muerte y desaparición de centenares de jóvenes de Ciudad Juárez, ya que la investigación llevada a cabo por las autoridades policiales al respecto fue deficiente y estuvo motivada por estereotipos de género. Así, cuando los familiares de las jóvenes se decidían a denunciar su desaparición, recibían comentarios por parte de los agentes de la policía, tales como que sus hijas no estaban desaparecidas, sino que,

40 En esta línea, la LEVID reconoce el peligro de la revictimización e incide en la necesidad de la implantación de medidas de protección y apoyo, como “la minoración de trámites innecesarios [...] otorgarle una información y orientación eficaz de los derechos y servicios que le corresponden, la derivación por la autoridad competente, un trato humano y la posibilidad de hacerse acompañar por la persona que designe en todos sus trámites, no obstante, la representación procesal que proceda”. En concreto, entre otras, el Estatuto de la Víctima contempla la necesidad de que la víctima declare el número de veces mínimo.

41 SAN MIGUEL BERGARECHE, M. N.: “Juzgar y castigar ¿con perspectiva de género?”, *Boletín comisión penal: perspectiva de género en el proceso penal*, vol. 2, núm. 10, 2018, p. 38. En este sentido, habría que analizar, entre otros elementos, qué cuenta la víctima cuando interpone la denuncia, a qué preguntas responde, qué datos da ella y cuáles son los que se añaden por el agente que le toma la declaración, fruto de su experiencia.

42 Esta cuestión merece, como mínimo, una reflexión, pues no son pocas las resoluciones que califican algunos sobreseimientos de “prematurados”. Así, por ejemplo, el Auto de la AP de Gipuzkoa, núm. 265/2020, de 2 de noviembre de 2020, [ROJ AAP SS 467/2020], revoca el sobreseimiento (que califica de “prematurado”) y acuerda que se practiquen las diligencias solicitadas por la denunciante, por cuanto entiende que “el sobreseimiento acordado es indiscutiblemente prematuro habida cuenta de la claridad, detalle y precisión del relato de la denunciante, el cual provisionalmente se puede advenir, aunque sea de manera indirecta, por las llamadas telefónicas que efectuó tras ocurrir cada uno de los tres episodios denunciados (a su hermana y a teléfonos de asistencia), ya que en este sentido no se han proporcionado datos suficientes para poder afirmar, con la certidumbre que se exigiría en este todavía inicial estadio procedimental, que la denuncia formulada responde a un exclusivo propósito protervo a fin de perjudicar a su marido o de obtener arteramente una pretendida ventaja en el procedimiento de divorcio, ya que tienen un hijo en común de cuatro años”.

seguro que andaban con sus novios, o “que si les pasaba eso era porque ellas se lo buscaban, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa”⁴³.

III. ESTEREOTIPOS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.

Si bien es cierto que, en los casos que estamos comentando, todo el proceso penal debe desenvolverse bajo el enfoque de género, la realidad es que, junto con la fase de la investigación policial, la fase de instrucción es “el momento en el que la perspectiva de género debe desplegar su mayor efectividad”⁴⁴, por lo que una investigación diligente con una interpretación de género, es la clave para que la fase de instrucción se lleve a cabo con la diligencia debida y ello resulte, como mínimo, en un proceso penal con una investigación profunda, focalizada en la búsqueda de todos los elementos posibles para corroborar la denuncia de la mujer víctima, y, en el mejor de los casos, en la apertura del juicio oral que pueda conducir a un resultado exitoso en su caso⁴⁵. Así pues, incide RAMÍREZ ORTIZ en que “en esta línea, una investigación diligente debe recopilar datos probatorios provenientes de fuentes distintas a la declaración de la víctima con el objeto de buscar el refuerzo externo de dicha declaración”⁴⁶, por lo que la instrucción se ha de enfocar a recopilar “las evidencias que sean relevantes, es decir, aquellas que aportarán corroboración a la hipótesis acusadora, recolección que en estos casos no solo se limitará al particular hecho (día y hora determinados), sino también a las circunstancias que lo rodean, las que en otro tipo de ilícitos pudieran ser soslayadas, debiendo recogerlas y conservarlas adecuadamente con el fin de servir de prueba de incriminación”⁴⁷.

Pero el uso de la perspectiva de género no ha de limitarse únicamente a la fase de instrucción, ni tampoco solamente a la fase probatoria, sino que ha de ser la piedra angular de todo el procedimiento penal, también en la calificación de los hechos⁴⁸, ya que éstos pueden ser interpretados de distintas maneras,

43 Apartado 2.4 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009.

44 FUENTES SORIANO, O.: “La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? De algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género»”, *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, núm. 1, 2020, p. 277.

45 FUENTES SORIANO, O.: “La perspectiva de género”, cit., p. 273.

46 RAMÍREZ ORTIZ, J. L.: “El testimonio único de la víctima”, cit., p. 238. Continúa señalando que tienen crucial importancia los datos “relativos al concreto contexto de producción de los hechos, la específica configuración de la relación de poder, la existencia, en su caso, de antecedentes de violencia, su frecuencia o reiteración, la viabilidad de posibles represalias, el estado anímico y psicológico de la víctima tras los hechos, la existencia de posibles secuelas, la presencia de eventuales testigos de referencia a los que la denunciante haya contado lo acontecido y que también puedan dar fe, como testigos directos, del estado de aquélla al narrar los hechos, la existencia de datos que solo podrían ser conocidos por la víctima de haber sucedido el hecho tal y como lo explica, etc.”.

47 ARAYA NOVOA, M. P.: “Género y Verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 32, 2020, p. 41.

48 GAMA LEYVA, R.: “Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico”, *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 1, 2020, pp. 290-294. Para reforzar su argumento, GAMA hace

según las creencias que tengan los operadores jurídicos. En efecto, se llega a la conclusión de que “con un relato no contaminado, quien instruye puede acometer una instrucción eficaz y rápida”⁴⁹. Y ello es resultado de una buena praxis policial y judicial y que, por tanto, entra en juego ya en la fase preprocesal.

También es frecuente que se archiven procedimientos sin llevar a cabo las diligencias necesarias que denoten una investigación eficaz, que suponen “un patrón general de negligencia y falta de efectividad en las investigaciones derivado de una perspectiva estereotipada sobre los roles de las mujeres en la sociedad”⁵⁰.

Esta cuestión, que no es baladí, ha sido recientemente tratada por nuestro Tribunal Constitucional, en una sentencia que merece nuestra atención. Se trata de la STC núm. 87/2020, de 20 de julio de 2020⁵¹, que declaró nulo el sobreseimiento

referencia al caso de Mariana Lima, en el que la investigación llevada a cabo por las autoridades fue sesgada (no se aplicó la perspectiva de género). Los hechos de este caso fueron interpretados con ausencia de perspectiva de género, asumiendo los investigadores la hipótesis de suicidio como causa de su muerte, aunque existían claros indicios de que la muerte de esta mujer fue violenta, su cuerpo presentaba golpes, existía un cordón con un nudo en su cuerpo, etc.

49 SAN MIGUEL BERGARECHE, M. N.: “Juzgar y castigar”, cit., p. 39.

50 RAMÍREZ ORTIZ, J. L.: “El testimonio único de la víctima”, cit., p. 234.

51 STC núm. 87/2020, de 20 de julio de 2020, FJ 2º [BOE-A-2020-9775]. La STC resuelve una demanda de amparo interpuesta por una mujer frente a la resolución del JVSJ núm. 3 de Madrid, que acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones que iniciaron tras la denuncia de la mujer y su personación como acusación particular por un delito de coacciones y un delito de maltrato habitual frente a su pareja; y frente al posterior auto de la AP, que confirmó dicho sobreseimiento y archivo, entre otros motivos porque no encontraba corroboraciones al testimonio de la denunciante. Señaló la AP que “los hechos denunciados se consideraban privados de relevancia penal y faltos de la más mínima corroboración, debiendo enmarcarse «dentro de la lamentable normalidad que acompaña a los procesos de ruptura, como el que se deja entrever en los diversos documentos presentados, sin que sea la finalidad del proceso penal realizar un juicio de valor acerca del comportamiento más o menos ético de las partes de una pareja que se disgrega». La víctima acudió en amparo al TC porque entendió ambas resoluciones habían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, pues una de las obligaciones que supone este derecho al Estado es precisamente la “investigación eficaz de lo denunciado, acorde con el canon establecido en el art. 49.2 del Convenio de Estambul”. Entiende la demandante que existe esta vulneración ya que el JVSJ decidió sobreseer su procedimiento, sin motivación alguna, y sin llevar a cabo la práctica de las diligencias de investigación que había solicitado ésta, ciñéndose única y exclusivamente a lo declarado por ella y por el denunciado, lo que ha “impedido una investigación efectiva de los hechos, a pesar de que podrían haber quedado acreditados con las diligencias que había solicitado la demandante, [...] y que dejó aquel sin proveer”. A los argumentos de la demandante se adhirió el MF, pues entendió “que la decisión de sobreseimiento acordada por el JVSJ resulta precipitada, pues se decanta por el archivo de las actuaciones sin realizar más diligencias de investigación que tomar declaración a la denunciante y al denunciado, obviando ordenar otras diligencias para el debido esclarecimiento de ciertos términos de la denuncia”. Entendió la fiscal que tanto la jurisprudencia del TEDH, así como el art. 49.2 del Convenio de Estambul, establecen que los órganos judiciales han de realizar la instrucción con enfoque de género, para garantizar una investigación efectiva. En este sentido, el JVSJ no practicó ninguna diligencia añadida a las declaraciones de la denunciante y el denunciado, ni las que solicitó la denunciante, ni otras que podría haber acordado el instructor (siendo que es a éste a quien corresponde su impulso), siendo los hechos denunciados por la mujer de fácil corroboración, máxime teniendo en cuenta que, de haberse acordado y practicado estas diligencias por el Juzgado “todas estas pruebas habrían podido arrojar luz sobre lo denunciado, para descartarlo o corroborarlo, y dotar o privar, con ello, de verosimilitud a otros datos no cuestionados, tales como las expresiones vertidas por el denunciado, permitiendo contextualizarlas para su correcta valoración penal”. Por ello, la fiscal denuncia la pésima argumentación adoptada en la resolución de primera y segunda instancia, que lejos de llevar a cabo una investigación efectiva, basan el sobreseimiento y archivo de la causa en dos motivos: por un lado, las declaraciones contradictorias entre denunciante y denunciado; por el otro, ambos órganos judiciales argumentan que los hechos denunciados por la mujer entran dentro de la “normalidad de situaciones como las que acompañan a las rupturas de pareja”. Este argumento denota la alta carga de estereotipos de género que siguen teniendo actualmente los juzgados y tribunales. Lo que sorprende, desde nuestro punto de vista, es que sean dos órganos judiciales

prematureo y archivo de las actuaciones al haberse dictado sin llevar a cabo las diligencias oportunamente solicitadas por la denunciante (obligación que viene impuesta en el art. 49.2 del Convenio de Estambul), que conllevaron una falta de investigación judicial efectiva, y ello en vista de que “la suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad [...], de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se abra o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y revelándose tales sospechas como susceptibles de ser despejadas mediante la investigación”⁵².

En el contexto de los delitos de violencia de género (en sentido amplio), la investigación llevada a cabo por los órganos judiciales ha de ser especialmente reforzada, dada la gravedad de este tipo de delitos. Es lo que el TEDH cataloga de deber de diligencia reforzada, y se refiere a “la obligación de investigar (por parte de los Estados) e implica, también, rapidez de respuesta o reacción a la hora de recabar y custodiar los vestigios de delito de forma inmediata o, al menos, tan pronto como sea posible, así como de practicar cuantas diligencias de prueba resulten pertinentes en un plazo razonable, evitando en esta tarea toda discriminación o desigualdad entre las partes”. En definitiva, esa diligencia debida se traduce en una instrucción eficaz “que profundice sobre los hechos denunciados con el fin de descartar toda sospecha fundada de delito”. Ese canon de diligencia debida, que se traduce en una “investigación suficiente y eficaz”, exige un plus de refuerzo en los casos de violencia sobre la mujer (aunque entendemos que se extiende a todos los delitos con implicaciones de género), pues no es extraño que en este tipo de situaciones solamente exista la declaración de la denunciante frente a la del denunciado, por lo que se requiere que la instrucción no se lleve a cabo basándose única y exclusivamente en dichos testimonios (que, como ya

supuestamente especializados en la materia de violencia de género los que hagan uso de argumentos tan sesgados y generalizados que resultan en una deficiente investigación que puede tener consecuencias terribles.

- 52 STC núm. 87/2020, de 20 de julio de 2020, FJ 3º [BOE-A-2020-9775]. Continúa señalando el TC que ello no significa, sin embargo, que existe una obligación de la continuación de la instrucción en todo caso, sino que, existe una “exigencia dirigida a los órganos judiciales para que estos extremen la diligencia a observar en la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, represión de hechos presuntamente delictivos, cometidos sobre víctimas vulnerables en supuestos de violencia de género o de la que tiene lugar dentro del ámbito familiar o afectivo”. El TC entra a valorar que, si existen sospechas respecto al delito, el órgano judicial ha de llevar a cabo la investigación de los hechos, tarea que adquiere especial relevancia en los delitos que ocurren en el ámbito privado o en la clandestinidad, pues en estos casos es frecuente que estemos ante el testimonio de la denunciante frente al del denunciado y que, frecuentemente, estas declaraciones pueden ser contradictorias. Recuerda el TC, además, la condición de testigo cualificado que adquiere la víctima en este tipo de delitos, por haber vivido los hechos en su propia persona, sin que esto suponga que su declaración tenga prevalencia respecto al testimonio del supuesto agresor. En estos casos, se requiere una indagación profunda respecto a los hechos denunciados que requiere, a su vez, la práctica de las diligencias idóneas para el esclarecimiento de los hechos.

sabemos, son contradictorios en la mayoría de ocasiones), sino que se practiquen otras diligencias que complementen o apoyen estos testimonios⁵³.

El Tribunal Constitucional aprovechó esta resolución para recordar que las denuncias de los delitos con implicaciones de género, por su fenomenología, suponen un añadido de dificultad respecto a la labor llevada a cabo por la policía y los órganos judiciales, por lo que adquiere especial importancia la actuación del juez instructor, que ha de valorar la pertinencia e idoneidad de las diligencias solicitadas por la acusación particular, e incluso acordar de oficio la práctica de cuantas diligencias sean necesarias y puedan ser útiles para el esclarecimiento de la investigación, con tal de cumplir con su deber de diligencia y, consecuentemente, llevar a cabo una investigación eficaz, antes de dictar una resolución de sobreseimiento del procedimiento. Por lo tanto, el principio de diligencia debida conlleva la obligación de una investigación profunda y exhaustiva de todos los elementos que concurran en cada caso concreto, no limitándose a la declaración de las partes, sino que ha de extenderse a datos que tengan que ver con el contexto, no pudiendo llevarse a cabo la investigación por debajo de ese estándar mínimo, porque de lo contrario se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima.

IV. ESTEREOTIPOS EN SEDE DE ENJUICIAMIENTO.

La fase de enjuiciamiento tampoco escapa a la aplicación de estereotipos de género. El juicio oral, cuyo objetivo principal es la práctica y valoración de la prueba, en ocasiones se ve afectado por dichos sesgos que pueden resultar finalmente en sentencias absolutorias, sobre todo cuando nos encontramos ante casos en los que la única prueba es el testimonio de la víctima y el del acusado. Sobre esto, IBÁÑEZ DÍEZ manifiesta que la existencia de los estereotipos ocasionalmente puede acabar en “sentencias (...) que destruyen la credibilidad de los relatos de las mujeres que han sido víctimas de violencia de género, o bien justifican la actitud violenta del presunto agresor/maltratador”⁵⁴. Esto resulta en el cuestionamiento de la credibilidad de la víctima y es especialmente peligroso en el contexto que nos ocupa por el tipo de delitos sobre los que recae.

Aunque la realidad actual es cada vez más proclive a enjuiciar con perspectiva de género, algunos pronunciamientos de nuestros tribunales todavía denuncian la aplicación de estereotipos de género por algunos órganos enjuiciadores. Así, son especialmente ilustrativos: el caso *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas* resuelto por el

53 STC núm. 87/2020, de 20 de julio de 2020, [BOE-A-2020-9775].

54 IBÁÑEZ DÍEZ, P.: “La declaración de la perjudicada”, cit., p. 66.

Comité de la CEDAW⁵⁵, la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *R. v. Ewanchuk*⁵⁶ o la Sentencia de la Corte de Casación Italiana⁵⁷.

También los tribunales españoles han abordado la utilización de los estereotipos de género en el enjuiciamiento. Ejemplo de ello es la SAP de Tenerife, núm. 179/2020, de 26 de junio de 2020, en la que la AP rechaza el argumento alegado por la jueza encargada del enjuiciamiento en primera instancia, que concluyó que la declaración de la víctima fue inconexa y con contradicciones, entendiendo que “este argumento debe ser rechazado y no asumido por la sala, pues evidencia la asunción por la juzgadora de ciertos estereotipos acerca de lo que se espera de una víctima ideal y racional ante tales hechos, y ello no puede determinar la valoración del testimonio para excluir la credibilidad de la víctima. Otra cosa es que tal testimonio, que adolece de persistencia, no aparezca corroborado por datos objetivos externos y en tal sentido, si se asume la valoración efectuada por la Jueza a quo”⁵⁸.

Otro ejemplo ilustrativo de la presencia de estereotipos en el enjuiciamiento es la STS núm. 852/2021, de 4 de noviembre de 2021, que anuló la sentencia dictada en segunda instancia por el TSJ de Castilla y León que, a su vez, revocaba la sentencia de primera instancia y absolvía al acusado del delito de agresión sexual.

55 RUEDA SORIANO, Y.: “Los estereotipos de género”, cit. p. 15. Se trató de una directiva de la Cámara de Comercio de Filipinas que fue violada por el presidente de la Cámara. Tras una reunión en la que ambos estaban presentes, la víctima se quería ir en taxi a casa, pero el presidente se lo impidió y la terminó llevando a un hotel. Cuando llegaron, la forzó para entrar en la habitación. Acto seguido, la mujer se escondió en el baño, y cuando no oía ningún ruido decidió salir, pero él la estaba esperando tirado en la cama, desnudo. La tiró encima de la cama de manera tan brusca que quedó inconsciente y cuando se despertó él la estaba penetrando. Consiguió quitárselo de encima, y el agresor la llevó a casa. El Comité de la CEDAW identificó importantes estereotipos de género en el enjuiciamiento por parte de la juez filipina que absolvió al acusado: entre otros, aplicó el estereotipo de “víctima ideal y racional”, entendiendo que la víctima no se resistió suficientemente frente a la agresión; por otra parte, como la víctima era una mujer con un importante cargo profesional, la juez filipina entendió que no era vulnerable a este tipo de agresiones sexuales.

56 Aunque la víctima dijo que no quería mantener relaciones sexuales con el acusado, el tribunal de primera instancia absolvió al acusado porque entendió que existía un consentimiento tácito. El Tribunal Supremo, no obstante, anuló dicha resolución, señalando que “this case is not about consent, since none was given. It is about myths and stereotypes”, y que asumir por parte del tribunal que, en el contexto de una entrevista de trabajo, la no oposición de la víctima a la realización de un masaje por su miedo, pero sí su resistencia a las agresiones sexuales supone un consentimiento tácito, refleja “el mito de que las mujeres son presuntamente accesibles sexualmente hasta que se resisten” (la traducción es nuestra). Sentencia disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1684/index.do>

57 LÓPEZ ORTEGA, J. J.: “Breves reflexiones: yo sí te creo”, *Boletín comisión penal: perspectiva de género en el proceso penal*, 2, núm. 10, 2018, p. 5. El autor trae a colación el caso de la Corte de Casación italiana en un proceso por violación en que el tribunal entendió que la declaración de la denunciante no era creíble. Se trata de un caso de violación por parte de un profesor de autoescuela a una alumna de dieciocho años, en el año 1992. El profesor indicó que condujera hasta las afueras de la ciudad, donde le quitó el pantalón vaquero y la violó. El denunciado admitió haber mantenido relaciones sexuales, pero dijo que eran consentidas. La Corte de Casación absolvió al acusado porque alegó la incredulidad de la víctima, aplicando máximas de experiencia influenciadas por estereotipos de género, tales como que es imposible que el denunciado le quite el vaquero a la víctima sin su consentimiento.

58 SAP Tenerife núm. 179/2020, de 25 de junio de 2020, FJ 2º, [RO] SAP TF 2328/2020]. Si bien es cierto que la AP de Tenerife finalmente desestima el recurso de apelación, entiende que, en este caso, incide en que no puede calificarse la declaración de la víctima de increíble en aplicación de estereotipos de género perjudiciales para esta.

El Tribunal Supremo concluyó que el TSJ de Castilla y León absolvió al acusado basándose en máximas de experiencia perjudiciales para la víctima “en cuanto a su extrañeza de la conducta de la denunciante desde el momento que conoce al acusado en el pub”⁵⁹.

Conviene detenerse, bajo esta perspectiva, en los estereotipos bajo los que actuó la Audiencia Provincial de Castellón en la sentencia núm. 112/2022, de 6 de abril de 2022. En los hechos probados, el Magistrado se refiere a los aseos como a un lugar que “suele ser un sitio que, en este tipo de festivales multitudinarios, suele ser utilizado por los asistentes para mantener relaciones sexuales”. Asimismo, señala que “no es lo más lógico, en ese contexto de flirteo entre ambos mantenido a lo largo de la noche, que aceptase entrar con él (la víctima) solo para que ambos orinasen. Por el contrario, conocía las intenciones de tipo sexual del acusado para con ella, por lo que, si no era su intención aceptarlas, debía saber que con su proceder se exponía a que el acusado interpretase lo contrario”⁶⁰.

No podemos cerrar este apartado sin hacer mención a BALLESTEROS DONCEL y BLANCO MORENO, que en su estudio sobre los procesos de agresión sexual en la Audiencia Provincial de Baleares resueltos en el año 2018, estudian la presencia de estereotipos de género respecto al enjuiciamiento de procesos penales por el delito de agresión sexual, localizando como uno de los sesgos más comunes respecto a los casos analizados (los cuales finalizaron con sentencias absolutorias) el relativo al contexto en el que se produjeron los hechos, pues todos ellos ocurrieron “en un contexto de ocio nocturno, con variable consumo de alcohol

59 STS núm. 852/2021, de 4 de noviembre de 2021, FJ 3º, [ROJ 4148/2021]. Los hechos probados son los que siguen: un joven y una joven se conocen en una discoteca, donde se empiezan a besar. Acto seguido, salen a dar un paseo. El acusado la invita a su casa, a lo que ella se niega. Él insiste y la fuerza para entrar en el portal, y luego en el ascensor. Posteriormente, la fuerza a entrar dentro de su casa, donde le baja el pantalón y las bragas a la fuerza e intenta penetrarla. Pese a la negación y esfuerzo de la víctima de impedir que la penetrara, el acusado finalmente lo consiguió. Tras la penetración y pese a los esfuerzos del acusado de impedirse, la víctima consigue huir. Ese mismo día fue reconocida por la médico forense, que concluyó que presentaba una lesión mucosa en la vagina y desgarros del himen, pero no presentaba lesiones vaginales internas ni externas. En primera instancia el acusado fue condenado por un delito de agresión sexual. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León revocó la sentencia y absolvió al acusado, entendiendo (en oposición a lo que dictaminó la AP) que el testimonio de la víctima no superaba la orientación respecto a la verosimilitud. Para ello hace referencia a que la víctima no quería mostrarse ante sus amigos como “una mujer fácil o chica cualquiera”. Además, entiende que el testimonio de la víctima carece de credibilidad objetiva pues la actitud de la víctima “resulta ciertamente extraña” desde el momento en que conoció al acusado en el pub. La Sala Segunda del TS anuló la sentencia que resolvió la apelación señalando respecto a la decisión que anula, entre otras, que “así mismo, pese a afirmar el Tribunal que no ha quedado probado móvil espurio alguno -todo ello tras un discurso con distintas conjeturas y estereotipos de género realizados por la Sala sin cita de apoyo probatorio alguno- afirma que el testimonio de la víctima no supera los parámetros de credibilidad objetiva o verosimilitud”.

60 SAP Castellón núm. 112/2022, de 6 de abril de 2022, FJ 1º, [ROJ SAP CS 482/2022].

y de madrugada⁶¹ y que ello puede influir negativamente en la apreciación del comportamiento de las víctimas⁶².

V ESTEREOTIPOS DE GÉNERO Y LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA: LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

El papel de los órganos judiciales es imprescindible en el contexto de garantizar el principio de igualdad en el seno de un proceso penal, por lo que juzgar con una perspectiva de género no es una mera recomendación u opción, sino que es más bien una obligación⁶³. Así, GIMENO PRESA entiende que existe esta obligación por parte de los órganos judiciales pues, por un lado, estos “están obligados a evitar los estereotipos de género al juzgar” con el fin de garantizar la igualdad de las personas; y, por otro “solo se pueden evitar los estereotipos de género al juzgar si se juzga con perspectiva de género”⁶⁴. En esa misma línea, ARAYA NOVOA señala que, como obligación, la perspectiva de género “tiene por misión probar que se han producido consecuencias nocivas al principio de igualdad, y que este enfoque obliga a tomar decisiones conforme a derecho”⁶⁵.

Llegados a este punto, cabe plantearse otra cuestión: ¿puede suponer la obligación de juzgar con perspectiva de género un atentado contra el principio de imparcialidad que debe regir la actuación de los órganos judiciales⁶⁶? La doctrina se divide en dos sectores: los que rechazan la compatibilidad del principio de imparcialidad con la obligación de juzgar con perspectiva de género y los que la apoyan.

Los que la rechazan, sostienen que introducir una perspectiva de género en el proceso judicial supone la incorporación de una ideología en el proceso (como una especie de adoctrinamiento) y, consecuentemente, viola en sí la idea de imparcialidad, pues ello se introduce para beneficiar únicamente a las mujeres

61 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F.: “«Yo sí te creo». Estereotipos sexistas hacia las víctimas de agresión sexual. Un estudio de caso sobre la Audiencia Provincial de Baleares (2018)”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 4, 2021, p. 99. En apoyo de su tesis de la influencia de los estereotipos de género en el enjuiciamiento, las autoras hacen un análisis de 4 sentencias absolutorias en el contexto de crímenes de agresión sexual, centrándose en cuatro factores que influyen en la impunidad de este tipo de delitos y que se repiten en la mayoría de los casos: a) vínculo entre la víctima y el procesado, b) presencia de fuerza y/o intimidación, c) carácter y credibilidad de la víctima antes y después de la agresión y d) la carga de la prueba.

62 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F.: “«Yo sí te creo»”, cit., p. 99. En particular, las autoras señalan que “a las víctimas, para ser más creíbles, antes de la agresión, se las ‘exige’ el recato, de modo que si están fuera del canon de la prudencia (de fiesta, a altas horas de la madrugada, con vestimenta ligera, habían consumido alguna sustancia estimulante, etc.) los tribunales van a juzgar con más severidad su testimonio”.

63 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 14.

64 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 4.

65 ARAYA NOVOA, M. P.: “La perspectiva de género como garantía de acceso a la justicia para las mujeres”, (conferencia presentada en el *Seminario Internacional sobre los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica*, Santiago de Chile, 17 y 18 de mayo de 2023). <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/noticias/370-los-desafios-para-incorporar-la-perspectiva-de-genero-en-la-administracion-de-justicia-en-iberoamerica>

66 A este principio se refiere el art. 219 LOPJ.

y, en última instancia, otorga “preferencia a las discriminaciones derivadas de los estereotipos de género frente a las derivadas de otros tipos de estereotipos”⁶⁷.

Además, en este panorama, en el que la verdadera tensión se produce entre el derecho a la tutela judicial efectiva de la supuesta víctima y el derecho a la presunción de inocencia del acusado, derecho que tiene especial incidencia en el derecho a la defensa del acusado, hay quienes consideran que la aplicación de la perspectiva de género supone una garantía de la tutela judicial efectiva que únicamente beneficia a la mujer-víctima en detrimento del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

No obstante, nosotros nos sumamos a la segunda posición, y consideramos que es posible juzgar con perspectiva de género sin violar el principio de la imparcialidad de los jueces, y ello por varios motivos:

En primer lugar, frente a la opinión que sostienen quienes rechazan la compatibilidad de la obligación de juzgar con perspectiva de género con el principio de imparcialidad judicial, entendemos que los jueces tienen la obligación de eliminar todo tipo de discriminación (contra la mujer, en este caso concreto) y, por ello, están obligados a juzgar con perspectiva de género, precisamente para garantizar que la imparcialidad que les caracteriza no se vea mermada por creencias personales que puedan perjudicar a la mujer. Además, “lo único que se exige es que eliminen de los procesos judiciales todas las creencias ideológicas de género que no sean compatibles con las normas y principios del ordenamiento jurídico”⁶⁸. Y ello, desde este punto de vista funciona en beneficio de la imparcialidad.

En segundo lugar, frente al malentendido de que juzgar con perspectiva de género únicamente beneficia a las mujeres, lo que se pretende con dicha obligación no es que se perjudique a los hombres y beneficie a las mujeres, sino que ambos estén en una posición de igualdad, pues los estereotipos de género que afectan a la mujer también pueden ser perjudiciales para el hombre⁶⁹.

En tercer lugar, respecto a la preferencia de las discriminaciones frente a la mujer, entendemos que el principio de igualdad obliga a eliminar todo tipo de discriminaciones, no únicamente frente a la mujer, pero lo que también es cierto es que desgraciadamente los estereotipos de género son especialmente nocivos cuando el proceso se dirige contra la mujer.

67 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 93.

68 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 96.

69 RUEDA SORIANO, Y.: “Los estereotipos de género”, cit. p. 16. La magistrada de la AP de Barcelona utiliza un excelente caso para apoyar este argumento. Se trata de la Sentencia de la Corte Constitucional Sudafricana, Caso Presidente de la República de Sudáfrica vs. Hugo. En este caso, en que se rechaza el indulto del acusado alegando que ha de cuidar de sus hijos, existe un estereotipo de género que se centra en la mujer como la única cuidadora de los hijos.

Valga esto para refutar la tesis de los que opinan que la perspectiva de género atenta contra la imparcialidad, pues como señala ARAYA NOVOA, no debemos olvidar que precisamente el derecho resuelve conflictos de intereses para lo que ha de realizar valoraciones por lo que el juez (imparcial) decide realizando un balance entre los intereses y las valoraciones, donde sí que tiene cabida la perspectiva de género⁷⁰.

Es indiscutible, por lo tanto, que frente a una normalización de las tendencias discriminatorias respecto a la mujer víctima de un delito, adquiere una importancia especial neutralizar los sesgos de género a través de la interpretación bajo el prisma del enfoque de género. En este esquema, la primera fase de la interpretación con una perspectiva de género es aquella que pretende identificar los estereotipos de género nocivos y que, por lo tanto “determinan un trato desigual”⁷¹. Lo que se pretende a través de la perspectiva de género es implementar una estrategia encaminada a que el juez sea capaz de identificar las concepciones subjetivas que puedan conllevar un perjuicio para la mujer; para después poder eliminarlo en el proceso valorativo y, en definitiva, en todo el procedimiento penal, para así estar libre de prejuicios⁷².

Dicho esto, refutado el argumento de la incompatibilidad de la imparcialidad judicial y la perspectiva de género, juzgar con una sensibilidad al género no es una posibilidad que se ofrece a los operadores judiciales, sino que es una obligación por imperativo legal⁷³.

70 ARAYA NOVOA, M. P.: “La perspectiva de género como garantía de acceso a la justicia para las mujeres”, (conferencia presentada en el Seminario Internacional sobre los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica, Santiago de Chile, 17 y 18 de mayo de 2023). <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/noticias/370-los-desafios-para-incorporar-la-perspectiva-de-genero-en-la-administracion-de-justicia-en-iberoamerica>

71 RUEDA SORIANO, Y.: “Los estereotipos de género”, cit. p. 17.

72 LÓPEZ ORTEGA, J. J.: “Breves reflexiones”, cit., p. 7.

73 POYATOS MATAS, G.: “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *iQual.revista de género e igualdad*, núm. 2, 2019, pp. 8-10; FUENTES SORIANO, O.: “Perspectiva de género y enjuiciamiento”, en AA.VV.: *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial* (dir. por E. CERRATO GURI), La Ley, Madrid, 2022, p. 73. En este sentido, por una lado, el art. 14 de nuestra Constitución recoge la igualdad formal, señalando que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; y, por otro lado, el art. 9.2 CE recoge la igualdad material, en los siguientes términos: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, que supone un mandato a los poderes públicos, entre los que destacan los jueces, “para que promuevan las condiciones a fin de que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; así como para remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”. En el desarrollo de estos mandatos es donde tiene perfecta cabida la perspectiva de género, que se traduce en una obligación en términos procesales, convirtiéndose “en un principio informador del ordenamiento”. Asimismo, el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres recoge el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas y considera que “la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. Por lo tanto, enjuiciar con perspectiva de género no solamente es una posibilidad, sino una obligación recogida en nuestra ley. POYATOS MATAS señala que juzgar con perspectiva de género es una obligación de carácter

De hecho, sumándonos a la tesis de SIMÓ SOLER, consideramos que el verdadero foco de atención no debería centrarse sobre la cuestión de si la perspectiva de género supone un factor que atenta contra la imparcialidad de los jueces, sino más bien que la verdadera y más grave vulneración de la garantía de la imparcialidad se produce cuando no se juzga con perspectiva de género. Precisamente, son los estereotipos de género los que se construyen como “posibles factores condicionantes”⁷⁴ del modelo actual de la imparcialidad, tal y como la conocemos, y no la perspectiva de género, que es un remedio para la lucha frente a la parcialidad.

Así, tal y como señala SIMÓ SOLER, existe una “relación de incompatibilidad entre los estereotipos y dicha garantía de imparcialidad”⁷⁵, siendo la imparcialidad una *conditio sine qua non* para la justicia, lo que se traduciría, a su vez, en “la inexistencia de estereotipos en la argumentación judicial, pues de otro modo quedaría sustentada en elementos ajenos al proceso tornándose arbitraria y parcial”⁷⁶.

Siendo este el panorama, la fundamentación y decisión de los procesos basadas en ideas preconcebidas respecto a las mujeres adquieren gran papel en el seno del proceso penal, ya que, además de todas las consecuencias negativas que suponen respecto a la mujer víctima (falta de credibilidad de su testimonio, etc.), ponen en riesgo la función jurisdiccional y afectan de manera directa “al derecho a la tutela judicial efectiva y a la garantía de imparcialidad”⁷⁷. En estas líneas, la estereotipación en el seno de un proceso judicial por parte de los jueces “puede constituir un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad”⁷⁸ lo que compromete de lleno la garantía de la imparcialidad. Frente a este problema, y centrándonos en que la imparcialidad es esencial en el marco procesal, entendemos que “sólo desde la ausencia de “prejuicios” es posible juzgar de manera imparcial y desarrollar un proceso justo y con todas las garantías”⁷⁹.

Por ello, para luchar frente a las ideas preconcebidas por parte de los órganos jurisdiccionales que pueden comprometer su imparcialidad y pueden resultar en sentencias permeables a estereotipos de género, es necesario implantar un

vinculante para los jueces y las juezas, de forma que, de no hacerlo, estarían vulnerando los derechos fundamentales de las mujeres al acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

74 SIMÓ SOLER, E.: “Estereotipos e imparcialidad judicial: avances de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 62, 2024, p. 5.

75 SIMÓ SOLER, E.: “Estereotipos e imparcialidad”, cit., p. 13.

76 VILLANUEVA FLORES, R.: “Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial”, *Derecho PUCP*, 2021, núm. 86, p. 372 y BACHMAIER WINTER, L.: “Editorial dossier “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez”: Imparcialidad y prueba en el proceso penal-reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez”, *Rev. Bras. De Direito Processual Penal*, vol. 4, núm. 2, 2018, p. 510.

77 SIMÓ SOLER, E.: “Estereotipos e imparcialidad”, cit., p. 5.

78 Corte IDH. *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párr. 133.

79 MARTÍN DÍZ, F.: “Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3, 2018, p. 62.

“enfoque antiestereotipación” que, desde nuestro punto de vista, pasa por juzgar con una sensibilidad de género, ya que la garantía de la imparcialidad solo será plenamente eficaz si es libre de estereotipos, pues “no hay imparcialidad con estereotipos y no hay proceso sin imparcialidad”⁸⁰ de modo que, en un sistema donde la argumentación jurídica se base en los estereotipos no estamos ante un sistema imparcial, sino otro lleno de elementos arbitrarios y estereotipados. Asimismo, una decisión judicial basada en estereotipos de género atenta contra la obligación de la imparcialidad, lo que “puede demostrar que la decisión fue basada en creencias preconcebidas en lugar de hechos”⁸¹ y, a su vez, puede denotar “falta de motivación, violaciones a la presunción de inocencia⁸² y comprometer la imparcialidad de los jueces”⁸³.

Como respuesta, por lo tanto, es necesario que existan en el sistema remedios procesales que permitan garantizar la imparcialidad, bien de forma preventiva, o bien de forma correctiva, que la víctima pueda accionar en caso de que la imparcialidad en el seno de un proceso penal se vea comprometida y, consecuentemente, las ideas preconcebidas puedan atentar contra los derechos que le asisten⁸⁴.

La operatividad de este enfoque de género -o enfoque antiestereotipación- no es limitada, sino que ha de aplicarse en todas las fases del procedimiento penal (aunque sea especialmente relevante durante la investigación e instrucción). Esto es crucial en la fase de valoración de la prueba, a menudo basada únicamente en la declaración de la víctima, pues una aplicación de la perspectiva de género desde el inicio del proceso penal, con miras a proteger a la víctima, supone una investigación diligente que no se centra únicamente en la denuncia, sino que va más allá, con el objetivo de recopilar el material probatorio que más adelante permita corroborar (o no) la versión de la víctima. Por lo tanto, de lo que se trata es de “elaborar pautas que permitan promover una valoración de la prueba sana, crítica, racional y respetuosa de los derechos de las mujeres”⁸⁵ a través de la incorporación de la perspectiva de género.

80 SIMÓ SOLER, E.: “Estereotipos e imparcialidad”, cit., p. 13.

81 Corte IDH. *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párr. 151.

82 En el *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*, se juzgó a una mujer humilde, que vivía en una zona rural, por un delito de homicidio de su hijo recién nacido, tras haber sufrido una emergencia obstétrica.

83 Corte IDH. *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párr. 151.

84 SIMÓ SOLER, E.: “Estereotipos e imparcialidad”, cit., p. 22. A su vez, la autora señala que esta propuesta de incorporación de remedios procesales frente a la vulneración de la imparcialidad por la aplicación de estereotipos de género negativos, es una idea de CLÉRICO, en la Corte IDH. *Caso Olivera Fuentes vs. Perú*. Sentencia de 4 de febrero de 2023, párr. 107.

85 DI CORLETO, J.: “Igualdad y diferencia”, cit., p. 19. Señala la autora que “en efecto, en estos casos aplicar la perspectiva de género supone mirar más allá de la denuncia para recuperar y preservar el material probatorio en la escena del delito, identificar posibles testigos y realizar los exámenes médicos y psicológicos que permitan determinar la existencia de posibles secuelas”. Esta actuación diligente nos permite evitar las situaciones en las que solamente existe el testimonio de la víctima frente al testimonio del acusado, sin ningún elemento periférico que corrobore ninguna de las versiones.

En ese sentido, el tratamiento de esta perspectiva ha tenido una importante repercusión en los medios de comunicación, que ha conllevado la apertura de un debate muy polémico, y ha supuesto, por un lado, un amplio reclamo de enjuiciar con perspectiva de género y, por otro, una exageración de esta, a consecuencia de algunas resoluciones judiciales que han sido muy polémicas⁸⁶. Frente a este debate, lo que hay que conseguir, de facto, es una aplicación de la misma a las circunstancias concretas de cada caso, independientemente del fallo, y alejarse de su uso únicamente como un lema alarmante⁸⁷ y que se considere satisfecha la obligación de enjuiciar con enfoque de género únicamente cuando la sentencia condene a la mayor pena al acusado.

Al respecto, por ejemplo, son múltiples los titulares que han calificado la sentencia del caso La Manada como una sentencia sexita y estereotipada. A tenor de este discurso, ha cobrado gran relevancia el eslogan «yo sí te creo», como una reivindicación para que la víctima de este tipo de delitos sea creída. Pero este eslogan a menudo crea malos entendidos respecto a la declaración de la víctima. Tal es así, que, en el famoso caso de la Manada que creó manifestaciones y protestas sin precedentes, ni la Audiencia provincial en la instancia ni el Tribunal Supremo concluyeron que la declaración de la víctima no fuera creíble. De hecho, el Tribunal Supremo se hizo eco de las manifestaciones recogidas en la declaración de la víctima en la instancia, en el sentido de que cumple con los criterios de credibilidad subjetiva, objetiva y persistencia, y que además cuenta con corroboraciones⁸⁸. Por lo tanto, consideramos que hay que mostrar especial cautela cuando se analizan este tipo de casos, y distinguir cuándo estamos ante un verdadero caso que se enjuicia sin perspectiva de género y cuándo, por el contrario, estamos únicamente ante meras creencias que no están apoyadas en hechos, pues esto puede funcionar como un arma de doble filo⁸⁹.

86 VARELA CASTEJÓN, X. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, N. "Algunas reflexiones", cit., p. 7.

87 VARELA CASTEJÓN, X. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, N. "Algunas reflexiones", cit., p. 8.

88 STS núm. 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ 2º [ROJ STS 2200/2019], señala que "la denunciante ha sostenido con firmeza la versión acerca del modo en que se desarrollaron los hechos, si bien la matizó en su declaración en el plenario"; las pormenorizaciones posteriores "no comprometen la estructura racional de nuestro proceso valorativo, ni perjudica nuestra apreciación de que la declaración de la denunciante satisface los parámetros de credibilidad subjetiva, objetiva y persistencia". Respecto a la verosimilitud, continúa señalando que "se constata que no se contradice con testimonios anteriores, por más que sea obvio que desarrolla más pormenorizadamente los hechos". Concluye el TS que todos los elementos analizados "permiten la afirmación sobre la credibilidad dada al testimonio de la víctima".

89 RUEDA SORIANO, Y.: "Los estereotipos de género", cit. p. 19. En el caso de la Manada sí que se valoró la credibilidad de la víctima con perspectiva de género, "otra cuestión es que el tipo penal aplicado – el consentimiento por prevalimiento– pueda parecer que contiene un sesgo de género al afirmar un consentimiento cuando es claro que no existe el mismo. Pero en este caso, no es la sentencia la que se ha dictado sin perspectiva de género o aplicando estereotipos de género negativos, sino que es la legislación -artículo 181.3 Código Penal- la que pudiera contener un sesgo sexista. Y sin embargo, se alzó un movimiento popular que parecía pretender trasladar la acertada consigna política "yo sí te creo" al ámbito procesal penal, lo que es, al menos, discutible".

¿Qué papel juega la perspectiva de género en la valoración de la prueba? Despejar esta cuestión es fundamental desde el punto de vista procesal, así, llegados a este punto es necesario hablar de la relación entre la perspectiva de género y la libre valoración de la prueba, modelo que caracteriza a nuestro sistema procesal penal, y que, frente al modelo de la prueba tasada, supone que el juez puede valorar las pruebas basándose en las reglas de la lógica y la experiencia y que, para ello, dispone de “la libertad de establecer el valor probatorio de cada uno de los elementos reunidos”⁹⁰, libertad que no equivale a arbitrariedad, sino que ha de ser justificada y motivada de acuerdo con las pautas del sentido común.

Respecto a la valoración de la prueba, nuestra doctrina jurisprudencial ha superado la clásica regla del *testis unus testis nullus*, en virtud de la cual no se podía condenar a una persona como autora de un delito con el testimonio único de una sola persona⁹¹. Así, nuestro código procesal establece la libre valoración de la prueba en el art. 741 LECrim, de modo que, la valoración de la prueba se realizará “utilizando las normas de la lógica y de la razón para apreciar las pruebas”⁹², por lo que el juez analizará el resultado de la prueba practicada en el juicio oral “guiándose para ello de las reglas de la sana crítica, en función de la lógica racional y experiencia humana, partiendo siempre de una actividad probatoria mínima practicada con las garantías legalmente exigidas, susceptible por ello de enervar la presunción de inocencia que ampara a todo acusado”⁹³.

En definitiva, son las llamadas “reglas de la sana crítica”, a través de las cuales el juez o tribunal valora la prueba, de forma libre, apoyándose en las máximas de experiencia y en las reglas del sentido común, dos conceptos que tienen un contenido generalmente indeterminado, pero que son comúnmente aceptados⁹⁴.

Pero estas máximas de la experiencia conllevan peligros en los procedimientos penales, sobre todo cuando se trata de víctimas de delitos con implicaciones de género, pues las máximas de experiencia “solo son fruto de la propia experiencia subjetiva, que no hacen más que encubrir mitos y estereotipos en materia sexual”⁹⁵, pero no sólo sexual, sino también en los demás delitos contra la mujer. Estas experiencias o ideas que puede tener un juez a la hora de valorar la prueba pueden ser especialmente nocivas, pues según los estereotipos que tenga más interiorizados podría valorar la prueba de una manera u otra, de modo

90 DI CORLETO, J.: “Igualdad y diferencia”, cit., p. 3.

91 RAMÍREZ ORTIZ, J. L.: “El testimonio único de la víctima”, cit., p. 204.

92 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 126.

93 SAP de Toledo núm. 144/2019, de 25 de julio de 2019, FJ 1º, [RO] SAP TO 511/2019].

94 DI CORLETO, J.: “Igualdad y diferencia”, cit., p. 3. Sostenemos la opinión de la autora en el sentido de que este sistema de valoración probatoria no justifica la arbitrariedad en las decisiones judiciales, sino que, por el contrario, exige la justificación de la decisión tomada basada en criterios de la sana crítica, siendo la motivación un elemento fundamental al respecto.

95 LÓPEZ ORTEGA, J. J.: “Breves reflexiones”, cit., p. 5.

que, a través de las reglas de la sana crítica (claramente influenciadas por los estereotipos) los jueces pueden dar un valor u otro a ciertas actuaciones de la víctima en función de sus experiencias. Un clásico ejemplo de las máximas de experiencia estereotipadas a la hora de la valoración de la prueba lo encontramos en los casos en que el juez duda de la credibilidad de la declaración de la víctima cuando no han existido denuncias previas por su parte⁹⁶.

El peligro de la aplicación de estereotipos de género en el razonamiento probatorio es que “disminuyen las probabilidades de determinar correctamente los rasgos del caso individual”⁹⁷. Como respuesta ante esto, lo que pretendemos evitar con la perspectiva de género es la aplicación de estereotipos que nos impiden conocer los rasgos individuales de la víctima⁹⁸.

Con ello no queremos decir que todas las máximas de experiencia a las que recurren los jueces cuando valoran el testimonio de la víctima sean automáticamente nocivas respecto a las mujeres. Afirmar esto sería un auténtico disparate, ya que precisamente “existen máximas de experiencia ajenas a creencias estereotipadas que son útiles y necesarias para derrotar a aquellas que sí normalizan esas creencias”⁹⁹. En definitiva, consideramos que valorar la prueba con un prisma sensible a la perspectiva de género, puede ayudar a superar las máximas de experiencia estereotipadas y evitar su reproducción¹⁰⁰. En otras palabras, “las reglas de la sana crítica, aunque en ocasiones pueden introducir a través de las máximas de la experiencia estereotipos de género, son también un mecanismo necesario para evitar su reproducción, por lo que constituyen una herramienta importante para evaluar los razonamientos probatorios con perspectiva de género”¹⁰¹.

96 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 129.

97 JOSÉ ARENA, F.: “Utilidad de la perspectiva de género: estereotipos y valoración de la prueba”. (conferencia presentada en el *Seminario Internacional sobre los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica*, Santiago de Chile, 17 y 18 de mayo de 2023). <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/noticias/370-los-desafios-para-incorporar-la-perspectiva-de-genero-en-la-administracion-de-justicia-en-iberoamerica>. Por ejemplo, basarse en el estereotipo de que a las mujeres no les gusta el fútbol reduce las posibilidades de que yo acierte en la atribución de ese rasgo a una persona individual.

98 *Ibidem*. JOSÉ ARENA establece cinco condiciones bajo las cuales podemos afirmar que un estereotipo no impide conocer los rasgos individuales de una persona y, por lo tanto, son admisibles: (1) si tienen apoyo estadístico, (2) que el caso individual quede incluido en la categoría de la que forma parte el estereotipo, (3) la calidad de la información individual (la generalización como estrategia para conocer los rasgos de un caso individual aumenta la probabilidad siempre que sea difícil conseguir información individual, (4) sensibilidad epistémica, que tiene que ver con los riesgos psicológicos, (5) ausencia de normatividad.

99 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 130.

100 ERICE MARTÍNEZ, E.: “Perspectiva de género y derecho penal”, *Boletín comisión penal: perspectiva de género en el proceso penal*, vol. 1, núm. 10, 2018, p. 26; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: “La perspectiva de género en el enjuiciamiento”, cit. p. 33. En este sentido, “la perspectiva de género exige, sin embargo, que el aporte informativo del relato que ofrece la mujer que narra haber sido víctima de actos violentos protagonizados por el hombre se pondere eliminando estereotipos discriminatorios que tratan de elevar a la condición de criterios de racionalidad universal lo que son máximas de experiencia de naturaleza patriarcal”.

101 GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 134.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

En conclusión, lo que queremos destacar de todo lo anterior, es que la perspectiva de género en la valoración de la prueba no ha de apreciarse como una garantía diferenciada, un nuevo estándar probatorio, ni una debilitación de las garantías del acusado, sino que entendemos que la perspectiva de género ha de entenderse como parte de la “fase de valoración del acervo probatorio”¹⁰², funcionando el enfoque de género en la racionalidad epistémica, relacionando la prueba con las afirmaciones del hecho sin caer en la trampa de introducir estereotipos de género y restringir la valoración a estos¹⁰³. En otras palabras, se trata de aplicar el estándar probatorio con los mismos criterios que para los demás delitos, considerando si la prueba es suficiente, teniendo en cuenta la fenomenología de este tipo de delitos, a la luz del relato de la víctima y tratando de recoger todos los elementos de apoyo posibles¹⁰⁴.

Por lo tanto, en el conjunto de la actividad probatoria, no puede utilizarse el enfoque de género como un instrumento para paliar una valoración probatoria insuficiente, sobre todo cuando se trate de un testimonio único de la víctima que no esté corroborado¹⁰⁵, sino como un elemento de la regla de la racionalidad que erradique los estereotipos de género.

102 LARRAURI, E.: “Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2022, p. 157.

103 ARAYA NOVOA, M. P.: “La perspectiva de género como garantía de acceso a la justicia para las mujeres”, *op. cit.*

104 ACCATINO SCAGLIOTTI, D.: “El estándar de prueba penal y la perspectiva de género”, (conferencia presentada en el *Seminario Internacional sobre los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica*, Santiago de Chile, 17 y 18 de mayo de 2023). <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/noticias/370-los-desafios-para-incorporar-la-perspectiva-de-genero-en-la-administracion-de-justicia-en-iberoamerica>

105 FUENTES SORIANO, O.: “La perspectiva de género”, *cit.*, p. 273.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA LÓPEZ, M. et al.: "Percepción de la segunda victimización en violencia de género", *Escritos de Psicología*, núm. 2, 2014.

ARAYA NOVOA, M. P.: "Género y Verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 32, 2020.

BACHMAIER WINTER, L.: "Editorial dossier "Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez": Imparcialidad y prueba en el proceso penal-reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez", *Rev. Bras. De Direit Processual Penal*, vol. 4, núm. 2, 2018.

BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F.: "«Yo sí te creo». Estereotipos sexistas hacia las víctimas de agresión sexual. Un estudio de caso sobre la Audiencia Provincial de Baleares (2018)", *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 4, 2021.

BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.: "Estereotipos de género en la policía local que atiende a mujeres que presentan denuncia por violencia de género", en AA.VV.: *Estudios de Género en tiempos de amenaza* (coord. por E. BANDRÉS GOLDÁRAZ), Dykinson S.L., Madrid, 2021.

CERVANTES ROMÁN, M. E.: "El tratamiento procesal de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género", *Revista Derecho y Proceso*, núm. 2, 2022.

COOK, R. J. y CUSACK, S.: *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Colombia, 1997,

DI CORLETO, J.: "Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en los casos de violencia de género", en AA.VV.: *Género y justicia penal* (comp. por J. DI CORLETO), Buenos Aires, Didot, 2017.

ERICE MARTÍNEZ, E.: "Perspectiva de género y derecho penal", *Boletín comisión penal: perspectiva de género en el proceso penal*, vol. 1, núm. 10, 2018.

ETXEBERRÍA GURIDI, J. F.: "La LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y su incidencia probatoria en el proceso penal", en AA.VV.: *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos. Libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez* (dir. por P. GONZÁLEZ GRANDA, J. DAMIÁN MORENO, y M. J. ARIZA COLMENAREJO), Colex, Madrid, 2022.

FERNÁNDEZ NIETO, J.: "Dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim: el camino que queda por andar. Hacia un nuevo proceso garante de los derechos de la víctima penal", *La Ley Derecho de familia*, núm. 36, 2022.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G.: "Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación", *Oñati Socio-Legal Series*, 5, núm. 2, 2015.

FUENTES SORIANO, O.:

- "La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? De algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género»", *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. I, núm. I, 2020.
- "Perspectiva de género y enjuiciamiento", en AA.VV: *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial* (dir. por E. CERRATO GURI), La Ley, Madrid, 2022.

GAMA LEYVA, R.: "Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico", *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. I, 2020.

GIMENO PRESA, M. C.: *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, Cizur Menor, 2020.

GONZALO RODRÍGUEZ, M.^a T.: "La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 51, 2020.

HERNÁNDEZ MOURA, B.: "Consideraciones en clave de género sobre la valoración del testimonio en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en atención a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, 2023.

IBÁÑEZ DÍEZ, P.: "La declaración de la perjudicada en los procedimientos de violencia de género: una aproximación crítica desde el ejercicio de la abogacía", *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. I, 2015.

LARRAURI, E.: "Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2022.

LÓPEZ ORTEGA, J. J.: "Breves reflexiones: yo sí te creo", *Boletín comisión penal: perspectiva de género en el proceso penal*, 2, núm. 10, 2018.

MARTÍN DIZ, F.: "Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género", *Revista Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3, 2018.

POYATOS MATAS, G.: "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", *iQual.revista de género e igualdad*, núm. 2, 2019.

RAMÍREZ ORTIZ, J. L.:

- "El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, vol. I, núm. 2, 2022.
- *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RUEDA SORIANO, Y.: "Los estereotipos de género en el proceso penal", *Boletín comisión penal «monográfico perspectiva de género en el proceso penal»*, vol. I, núm. 10, 2018.

SAN MIGUEL BERGARECHE, M. N.: "Juzgar y castigar ¿con perspectiva de género?", *Boletín comisión penal: perspectiva de género en el proceso penal*, vol. 2, núm. 10, 2018.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: "La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer", *Boletín comisión penal «monográfico perspectiva de género en el proceso penal»*, vol. I, núm. 10, 2018.

VARELA CASTEJÓN, X. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, N. "Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género", *Boletín comisión penal «monográfico perspectiva de género en el proceso penal»*, vol. I, núm. 10, 2018.

VILLANUEVA FLORES, R.: "Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial", *Derecho PUCP*, núm. 86, 2021.



EL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
EN ESPAÑA: NATURALEZA Y USUARIAS CON
DISCAPACIDAD

*THE ASSISTED REPRODUCTION CONTRACT IN SPAIN:
NATURE AND USERS WITH DISABILITIES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 696-719

Francisco Javier
REQUEREY
BACA

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El uso de las técnicas de reproducción humana asistida se basa en el consentimiento previo, informado y por escrito de la usuaria receptora. Cuando la práctica tiene lugar en el ámbito de la sanidad privada, este consentimiento se encuentra enmarcado en un contrato en el ámbito médico, concretamente dentro de la llamada medicina satisfactiva, lo que genera dudas en cuanto a la naturaleza de las obligaciones derivadas de este contrato, teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha oscilado entre su categorización como obligación de medios o de resultado, con las consecuencias que ello conlleva en orden a apreciar un posible incumplimiento. A ello se le ha de sumar que el mantenimiento en la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción asistida de la terminología anterior a la reforma de la Ley 8/2021, señalándose entre los requisitos de las usuarias la “plena capacidad de obrar” que puede generar dudas acerca de si se trata de un olvido del legislador o si puede implicar limitaciones para el acceso a estas técnicas por parte de las usuarias con discapacidad, contraviniendo los principios de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida; obligación de medios; incumplimiento contractual; consentimiento informado; persona con discapacidad.

ABSTRACT: *The use of assisted human reproduction techniques is based on the prior, informed and written consent of the recipient. When the practice takes place in the field of private healthcare, this consent is framed in a contract in the medical field, specifically within the so-called ‘medicine of satisfaction’, which generates doubts as to the nature of the obligations derived from this contract, taking into account that the jurisprudence of the Supreme Court has oscillated between its categorization as an obligation of means or of result, with the consequences that this entails in order to assess a possible breach of contract. To this must be added the fact that Law 14/2006 on assisted reproduction techniques maintains the terminology prior to the reform of Law 8/2021, stating among the requirements for users the ‘full capacity to act’, which may raise doubts as to whether this is an oversight by the legislator or whether it may imply limitations for access by users with disabilities, in contravention of the principles of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

KEY WORDS: *Assisted reproduction; obligation of means; breach of contract; informed consent; person with a disability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.-
1. Aspectos generales.- 2. La naturaleza de las obligaciones que surgen del contrato de reproducción asistida y su incidencia en orden al cumplimiento.- **III. LAS USUARIAS CON DISCAPACIDAD EN LAS TRHA.-** 1. El acceso a las TRHA por parte de las usuarias con discapacidad.- 2. El consentimiento prestado por las usuarias con discapacidad en las TRHA.- **IV. CONCLUSIONES.**

I. INTRODUCCIÓN.

Las técnicas de reproducción humana asistida surgen en España como una forma de remediar la infertilidad de las parejas estériles, así como los deseos de las personas de ser padres. Estas prácticas son cada vez más una tendencia no únicamente a nivel nacional, sino también a nivel global, pues estamos en una sociedad en la que cada vez se dota de mayor importancia a la voluntad como medio para la determinación de la filiación por sobre el componente biológico, lo que sumado al avance de los derechos LGTBI+ y nuevas reformas legislativas como la Ley 4/2023, de 28 de febrero, hacen que filiaciones como la derivada de las técnicas de reproducción asistida sean una cuestión cada vez más relevante en nuestros modelos de familia y sistemas de filiación.

Estas técnicas en un inicio se encontraban reguladas por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que fue sustituida por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, que incluye los requisitos de las usuarias para poder someterse a este tipo de técnicas, las cuales habrán de prestar previamente su consentimiento por escrito de manera libre, consciente y expresa. Dejando a un lado los supuestos en los que la práctica tenga lugar dentro de la sanidad pública, generalmente esta práctica se materializará en un contrato entre la clínica o centro sanitario privado que realiza las técnicas de reproducción humana asistida y la usuaria, contrato que, por lo tanto, se encuadra en el ámbito médico o sanitario. La medicina posee un inherente factor de aleatoriedad, en el que cada paciente puede responder de forma distinta a un mismo tratamiento o intervención, sin embargo, de alguna manera se ha proteger los intereses de los usuarios de las prácticas médicas. A ello ha de sumársele la distinción que ha de realizarse entre medicina curativa y medicina satisfactiva, Esto ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a oscilar a la hora de calificar las prácticas médicas como obligaciones de resultado u obligaciones de medios, con la consiguiente incidencia en orden a la apreciación de un posible cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Esta cuestión relativa a la naturaleza de las obligaciones médicas, pero concernida al

• Francisco Javier Requerey Baca

Doctorando del Programa en Derecho de la Universidad de Cádiz. Abogado. Correo electrónico: javi.requereybaca@alum.uca.es.

contrato de reproducción asistida, será analizada en este trabajo con la finalidad de concluir si la no obtención de un resultado exitoso cabe entenderse como incumplimiento. En atención a la frecuencia con la que cada vez más se recurre a estas prácticas con la intención de tener descendencia, nos parece conveniente detenernos en esta cuestión.

Por otro lado, retomando los requisitos que han de reunir las usuarias que quieran someterse a estas prácticas, si bien las técnicas de reproducción asistida parecían vetadas para las usuarias con discapacidad que tuvieran limitada su capacidad de obrar de acuerdo con el art. 6 de la Ley 14/2006 que exige plena capacidad de obrar, tras la reforma legal 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 (en adelante Ley 8/2021), que adapta a nuestro ordenamiento jurídico el contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), esto podría haber cambiado. De acuerdo con este nuevo sistema las personas con discapacidad deberían poder contratar y emitir consentimiento en igualdad de condiciones y con primacía de su voluntad y preferencias, pero el mantenimiento de la terminología anterior a la reforma por parte del legislador (igual ocurre en la Ley de Autonomía del Paciente) podría suscitar dudas que sugieran que, pese a la reforma legal, las usuarias con discapacidad podrían seguir estando vetadas de las técnicas de reproducción asistida. Es por ello por lo que hemos de plantearnos, ¿estamos ante un olvido del legislador o un intento de limitar el acceso a estas prácticas a las usuarias con cierto tipo de discapacidad? ¿Hemos de obviar la terminología anterior a la reforma y permitir el acceso a las técnicas a las usuarias con discapacidad? ¿Ha de ser válido un consentimiento a las técnicas de reproducción asistida prestado por quien ha precisado un apoyo para ello? Para ello, se tendrán que valorar diversas cuestiones, como pueden ser la emisión del consentimiento por parte de estas usuarias, el cual de acuerdo con la Ley 14/2006, habrá de ser de carácter personalísimo. Se habrá de atender a la validez del consentimiento prestado por las usuarias, las medidas de apoyo de las que precisan y los actos para los que se encuentran provistas. Hemos de poner de relieve que esta no es una práctica médica cualquiera, ya que de esta surge la concepción de un hijo y una correlativa maternidad, que tendrá que ser ejercida por la usuaria.

II. EL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

I. Aspectos generales.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) ofrece el marco legal sobre el que se sustentan este tipo de técnicas en España. El art. 3 recoge las condiciones que deben concurrir para la

aplicación de estas técnicas que se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan un riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. El art. 6 de la LTRHA establece que las usuarias de estas prácticas deberán tener al menos dieciocho años y plena capacidad de obrar, además de haber prestado previamente su consentimiento por escrito de forma libre, consciente y expresa, todo ello con independencia de su estado civil u orientación sexual. También será necesario el del cónyuge no separado legalmente o de hecho en caso de haberlo. De igual modo, se informará previamente a la usuaria acerca de los posibles riesgos durante el embarazo que puedan derivarse para ella o su descendencia debido a la maternidad a una edad clínicamente inadecuada. Esta información, así como el consentimiento prestado se realizarán en formatos que sean accesibles a personas con discapacidad. Cabe destacar que la usuaria no podrá elegir al donante, sino que será la clínica quien lo haga en atención a la similitud fenotípica e inmunológica.

En virtud de los arts. 3 y 6 de la LTRHA, estas prácticas basadas en un consentimiento informado se materializarán en un contrato entre la clínica o centro sanitario privado que realiza las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y la usuaria o usuarios de las mismas. Este contrato, pese a que no se establece expresamente, se entiende como un contrato en el que los especialistas llevan a cabo las prácticas necesarias para obtener la concepción asistida de una persona¹. Este, sin embargo, en contraposición a lo que indica el art. 1255 CC, no es un acuerdo en el que ambas partes puedan incluir los pactos y cláusulas que estimen oportunos, sino que se tratan de contratos con condiciones generales, en los que las clínicas prestan un servicio genérico que los usuarios deciden si contratar o no, sin que quepa que estos últimos intervengan en la negociación del contenido de ese clausulado². Ello supone que en España los usuarios de las TRHA no pueden, por ejemplo, escoger al o a la donante, ni siquiera saber su fenotipo o características, pues esto lo realiza la clínica (art. 6.5 LTRHA), lo que hace que parte de la doctrina³ se plantee si podría ser beneficioso ampliar la autonomía de la voluntad de las partes y permitir que la usuaria pueda seleccionar o conocer al donante, lo que parece hoy en día inviable, debido a la garantía del anonimato de este, el cual se encuentra recogido en el art. 5.5 de la LTRHA.

1 FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones crioconservados", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 267.

2 *Ibidem*, p. 265.

3 *Ibidem*, p. 276.

Por otro lado, en un contrato de técnicas de reproducción humana asistida, como en cualquier otro contrato sinalagmático, ambas partes se comprometen a cumplir una obligación: de un lado, el centro o clínica se compromete a escoger las técnicas encaminadas a la obtención de la concepción asistida de una persona, informando de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos tanto para la mujer como para su descendencia (arts. 3.1 y 6.2 de la LTRHA); de otro lado, los usuarios se comprometen al pago de una cantidad de dinero determinada o determinable en caso de tratarse de una clínica privada.

En vista de lo anterior se plantea los siguientes interrogantes: ¿está obligada la clínica a la obtención de un resultado favorable?, ¿ha de informar detalladamente de todos los riesgos que pueden conllevar estas técnicas? La respuesta a estas cuestiones pasa por analizar la naturaleza de las obligaciones que derivan del contrato de reproducción asistida, en particular las que surgen para la clínica, ya que dependiendo de que sean calificadas como obligación de medios o de resultado, las consecuencias en orden al cumplimiento serán distintas.

2. La naturaleza de las obligaciones que surgen del contrato de reproducción asistida y su incidencia en orden al cumplimiento.

De acuerdo con el art. 1088 del Código Civil, las obligaciones pueden consistir en dar, hacer o no hacer. A su vez, las obligaciones de hacer han sido calificadas por la doctrina y la jurisprudencia como de medios o de resultado. Las obligaciones de resultado serán aquellas que se rigen por un sistema de responsabilidad objetiva, en el que la diligencia empleada o la culpa no adquieren valor, puesto que lo único relevante a la hora de exigir responsabilidades es la obtención del resultado querido, salvo que opere caso fortuito o fuerza mayor. Por su lado, las obligaciones de medios serán aquellas en las que se exija una actuación diligente por parte del deudor, sin que quepa responsabilidad alguna por la ausencia de un resultado concreto⁴, salvo que se pruebe que ha existido culpa o negligencia, rigiendo, por tanto, un sistema de responsabilidad subjetiva⁵.

Lo expuesto se ha de extrapolar al ámbito médico, ámbito en el que, como indica la doctrina mayoritaria, estamos ante obligaciones principalmente de hacer.

En el ámbito contractual español la regla general es la de la responsabilidad subjetiva⁶, en contraposición a la responsabilidad objetiva, por lo que no opera ni la presunción de culpa ni la inversión de la carga de la prueba y así lo indica

4 DE LAS HERAS VIVES, L.: "Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, p. 316.

5 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil por vulneración del consentimiento informado (El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales)*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 379.

6 *Ibidem*, p. 369

reiteradamente el Tribunal Supremo en resoluciones como la STS de 10 de febrero 1996 o la STS núm. 272/2001, de 23 de marzo, siendo el demandante quien tendrá que demostrar dicha falta de diligencia por parte del obligado demandado.

En el ámbito sanitario esto también es así, siendo que para que se considere que existe una obligación de indemnizar, se ha de demostrar que el obligado no ha actuado diligentemente de acuerdo con la *lex artis ad hoc*. La *lex artis ad hoc* es definida por el Tribunal Supremo en sentencias como la STS núm. 192/1991, de 11 de marzo⁷ como el criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, teniendo en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, así como de la influencia de otros factores endógenos como pueden ser el estado e intervención del paciente, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado).

Por otro lado, la solución acerca de la naturaleza de las obligaciones que derivan de un contrato celebrado en el ámbito sanitario o médico, se ha hecho depender de su inclusión en uno de los tres tipos de medicina que existen: la medicina curativa o preventiva; la medicina voluntaria o satisfactiva; y la medicina mixta⁸. Esta distinción puede no resultar del todo trascendental hoy en día en cuanto a la naturaleza de la obligación, pero sí que lo es en cuanto al consentimiento informado y el deber de informar al paciente⁹.

En cuanto a la naturaleza de la obligación, en la medicina curativa (y preventiva), es decir, aquella que tiene una finalidad terapéutica y curacional¹⁰, nunca se ha dudado de que nos encontramos ante una obligación de medios, en la que el profesional o centro se comprometen a actuar de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, pero no a obtener un resultado, debido al inherente componente de aleatoriedad que se desprende de la práctica médica¹¹.

Respecto de la medicina voluntaria, esta es aquella que “no tiene una finalidad curativa, sino que pretende mejorar el aspecto físico, anular la capacidad reproductora o lograr cualquier otra transformación satisfactoria del propio

7 Vid. también, STS 11 marzo 1991 (ECLI: ES:TS:1991:13345).

8 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 374.

9 *Ídem*.

10 SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2018, p. 6.

11 STS 13 abril 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1639).

cuerpo”¹². Si bien es cierto que hasta tiempos recientes se ha venido calificando como una obligación de resultado¹³, la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto nunca ha sido clara, pues ha ido cambiando de posición a lo largo de los años. Si bien hasta hace no mucho tiempo se ha considerado que la medicina voluntaria era una obligación de resultado, donde los pacientes son más bien clientes, la sentencia más relevante en tiempos recientes, la STS núm. 828/2021, de 30 de noviembre, viene a confirmar lo dispuesto en la STS núm. 250/2016, de 13 de abril, al indicar que en las obligaciones de carácter médico, debido al inevitable componente de aleatoriedad inherente a las mismas, no cabe diferenciar entre obligaciones de medios y de resultado, siendo estas siempre de medios, independientemente de si se trata de medicina curativa o satisfactiva debido al inexorable alea que también existe en este tipo de medicina. En este sentido se muestra también gran parte de la doctrina, como LLAMAS POMBO, quien considera que “toda actividad médica *per se* conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprenderse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios. [...] En caso de fracaso en el tratamiento, todo lo que puede exigirse al médico es que demuestre la adecuación de los medios empleados en el tratamiento, pero nunca su total diligencia, lo cual viene además avalado por las dificultades de orden probatorio que tal exigencia supondría”¹⁴.

De igual modo, tal como indica FAYOS GARDÓ en consonancia con lo anterior, la responsabilidad del profesional sanitario y médico ha de estar basada en la culpa, tratándose esta de una obligación de medios y no de resultado, pues el médico no se obliga a obtener en todo caso la curación del paciente, sino que se compromete a poner en su actuación toda la diligencia posible que se derive de su atención científica y práctica. Esto es así igualmente en la medicina voluntaria, cuestión que nos atañe en este apartado, en la que el autor añade: “Ni siquiera en la llamada medicina satisfactiva o voluntaria (cirugía estética, análisis clínicos, radiología, algunos actos de odontología, esterilización...) puede reclamarse por la no consecución del resultado, como se hacía antes, ya que la tendencia actual de la jurisprudencia es evitar la aplicación de la distinción entre la obligación de medios y de resultado, porque los riesgos y complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía”¹⁵.

12 SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La responsabilidad médica”, cit., p. 6.

13 Vid. STS 3 octubre 2000 (ECLI: ES:TS:2000:7033). Vid. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 6 (2), 2014, p. 62.

14 LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, p. 73.

15 FAYOS GARDÓ, A.: *El sistema sanitario español y el valenciano (Curso de introducción al derecho sanitario)*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 128.

Cabe traer a colación un importante matiz, y es que en aquellos casos en los que el profesional o centro se comprometa expresamente a obtener un resultado concreto, sí que existirá una obligación de resultado, pero únicamente si se demuestra que este fue garantizado y no se obtuvo¹⁶. Sin embargo, existe doctrina que opina en aquellos casos en los que se garantiza un resultado, debido al inherente componente de aleatoriedad al que hemos hecho referencia *ut supra*, se estará prestando una información incorrecta, y, por ende, un consentimiento viciado, dando lugar directamente a la inexistencia del contrato¹⁷.

En cuanto a la denominada medicina mixta, se entiende por tal aquella que no es de carácter curativo, pero tampoco es voluntaria, y que se lleva a cabo por padecer ciertos traumas probado, como puede ser, por ejemplo, la depresión¹⁸. Estamos, debido a todo lo argumentado en los dos párrafos anteriores, ante una obligación de medios¹⁹. Eso sí, existe parte de la doctrina que echa en falta la existencia de un contrato de obra en determinadas prácticas médicas, debido al gran avance de la medicina y la tecnología en los últimos tiempos²⁰.

Es por todo lo anterior por lo que la distinción entre medicina curativa y satisfactiva podría parecer que carece de sentido, dado que en ambos supuestos (incluyendo también la medicina mixta) estamos ante obligaciones de medios. No obstante, aún resulta de interés mantener esta dicotomía, ya que la verdadera importancia de esta distinción se encuentra en el deber de informar²¹, siendo que es un pilar fundamental de la práctica médica el consentimiento informado.

Como se detallará con mayor énfasis más adelante, el consentimiento informado es pieza clave en la obligación y práctica médica, tal como lo recogen los arts. 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente (en adelante LAP), al ser un derecho de todo paciente el ser informado de los riesgos a los que puede estar expuesto fruto de las acciones del profesional o centro sanitario y médico.

Dicho lo cual, hemos de retrotraernos a la afirmación antes realizada, al poner de relieve que la distinción entre medicina voluntaria/satisfactiva y curativa/preventiva cobra relevancia a la hora de informar al paciente de los posibles riesgos y tasas de éxito, y no tanto en el énfasis de distinguir entre obligaciones

16 SANTOS MORÓN, M^a. J.: "La responsabilidad médica", cit., p. 9.

17 DE LAS HERAS VIVES, L.: "Responsabilidad civil médica", cit., p. 378.

18 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 377.

19 DE LAS HERAS VIVES, L.: "Responsabilidad civil médica", cit., p. 318. Vid. también ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 376-377.

20 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 376.

21 *Ibidem*. p. 377.

de medios y de resultado²². Ello se debe a que este deber de informar es mucho más detallado y estricto en aquellas prácticas de carácter voluntario, teniendo que informar el profesional sanitario acerca de posibilidades residuales o muy poco probables en las prácticas consideradas como voluntarias o satisfactivas²³. De este modo, los facultativos médicos así como el personal sanitario estarán obligados a informar de todos los posibles riesgos y pormenores que se deriven de la actividad médica, por residuales o mínimos que sean, así como de las tasas de éxito y fracaso, y ello debido a la innecesaridad -en el sentido más estricto de la palabra- de la intervención a la que se somete el paciente o cliente, lo cual puede hacer que, con toda la información a su disposición, este valore si someterse o no a la intervención deseada al tener un mayor margen de poder rechazar la práctica médica. A ello se le ha de añadir el deber de informar de “las posibilidades de que la intervención no comporte el resultado buscado”, así como de los posibles resultados adversos o complicaciones derivadas de la intervención, con independencia de la frecuencia con la que estas se puedan dar²⁴. Todo ello se debe, a nuestro parecer, debido a una posible inclinación de los profesionales sanitarios -ni mucho menos generalizada- de evitar informar acerca de riesgos o tasas ínfimas que más que un riesgo real para el paciente, lo que puede suponer es una retracción del mismo de someterse a determinadas intervenciones, postura que también sugiere nuestro Alto Tribunal²⁵.

Todo lo expuesto hasta el momento ha de extrapolarse al ámbito contractual de las técnicas de reproducción humana asistida, a fin de determinar su naturaleza y el posible incumplimiento contractual por las partes contratantes.

En un contrato de técnicas de reproducción humana asistida, el centro o clínica se compromete a actuar de forma diligente y escoger las técnicas encaminadas a la obtención de la concepción asistida de una persona, escogiendo al donante apropiado cuando se trate de técnicas de reproducción asistida heterólogas (art. 6.5 LTRHA) y asegurando el estado de salud de la madre y del concebido (art. 3.1 LTRHA), evitando enfermedades de origen genético (art. 1. b) LTRHA), congénito y hereditario (art. 18.2 LTRHA) e informando de sus posibilidades de éxito (art. 3.1 LTRHA), de los posibles riesgos para la mujer y su descendencia en caso de embarazo a una edad clínicamente inadecuada (art. 6.2 LTRHA) y demás información requerida conforme al art. 3.3 de la LTRHA; de otro lado, los usuarios

22 LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico*, cit., p. 84.

23 STS 13 abril 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1639).

24 En este sentido, diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de Tribunales Superiores de Justicia como las SSTS 21 octubre 2005 (RJA 2005/8547); 22 noviembre 2007 (RJ 2997/8651); o la STSJ País Vasco 15 abril 2008 (ECLI: ES:TSJPV:2008:1413).

25 En este último extremo se muestra la STS 4 octubre 2006 (RJA 2006/6428).

se comprometen al pago de una cantidad de dinero determinada o determinable en caso de tratarse de una clínica privada²⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, hemos de extraer la premisa de que las prestaciones que se derivan del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, que se materializan en una relación contractual onerosa, son de medios, por lo que no se puede exigir ante un Tribunal el nacimiento o concepción que se busca con estas prácticas²⁷, y ello debido a que estamos indudablemente ante una práctica y una obligación de carácter médico. Por otro lado, y en consonancia con parte de la doctrina, hemos de considerar las técnicas de reproducción asistida como medicina voluntaria, pues carecen de una intención curativa o terapéutica²⁸. Es por ello por lo que el deber de informar en este tipo de técnicas será exhaustivo y minucioso, abarcando todas las tasas y porcentajes de éxito, así como los posibles riesgos no solo para el gestado, sino para la madre, que de estas técnicas se pueda derivar²⁹.

Por todo lo expuesto, concluimos este apartado afirmando que el incumplimiento por parte de la prestadora se daría en los siguientes supuestos:

1. En caso de no actuar con la máxima diligencia de acuerdo con la *lex artis ah hoc*³⁰, ya que la relación contractual que vincula al centro con la usuaria es la de un arrendamiento de servicios, donde se presta una obligación de hacer, de medios, no de resultado y en donde la diligencia exigida a la clínica constituye el objeto de la obligación. La clínica está obligada a desplegar todos los medios a su alcance (personales, científicos y materiales) para conseguir la gestación asistida, sin que la falta de dicho resultado implique el incumplimiento de la obligación, ya que la actuación diligente de la clínica no puede asegurar el nacimiento querido, al existir siempre determinados aspectos de aleatoriedad que pueden impedir el resultado pese a una actuación escrupulosa³¹.

2. En caso de no darse una información sumamente detallada que incluya los posibles riesgos y pormenores, por mínimos o admisibles que sean, así como la

26 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas (Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados)*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 85.

27 DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Mujer con discapacidad y técnicas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *Mujer, discapacidad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 353.

28 DÍAZ PARDO, G.: "Consentimiento informado en la toma de decisiones para actos médicos. Respeto a la voluntad de la persona vulnerable", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2018, p. 276.

29 FAYOS GARDÓ, A.: *El sistema sanitario español*, cit., p. 134.

30 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico-privado*, cit., p. 75.

31 DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Mujer con discapacidad", cit., p. 356.

tasa de éxitos y fracasos al tratarse de una práctica de medicina voluntaria y recabar un consentimiento informado en tales extremos de acuerdo con la LAP³².

3. Y en aquellos supuestos en los que la clínica o centro garantice a la usuaria un resultado concreto y este no se dé³³.

Respecto de la parte prestataria, el incumplimiento devendría en un impago de la cantidad pactada cuando se trate de clínicas privadas.

III. LAS USUARIAS CON DISCAPACIDAD EN LAS TRHA.

I. El acceso a las TRHA por parte de las usuarias con discapacidad.

Como se ha visto, para la práctica de estas técnicas se requiere la previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de las posibilidades de éxito, riesgos y condiciones de dicha aplicación (art. 3 LTRHA). Por su parte, el art. 6 LTRHA establece que las usuarias de estas prácticas deberán tener al menos dieciocho años y plena capacidad de obrar, además de haber prestado previamente su consentimiento por escrito de forma libre, consciente y expresa.

Cuando la práctica de la reproducción asistida tenga lugar en el ámbito de la sanidad privada, esta se materializará en un contrato entre la clínica o centro que lleve a cabo las prácticas y la usuaria. Hay que tener presente que el consentimiento es un elemento esencial en todo contrato, también en los que versan sobre TRHA. Además, el consentimiento informado es también esencial en toda práctica médica, tal y como señala el art. 2.2 de la LAP. Así, de acuerdo tanto a la LAP como a la LTRHA, el consentimiento informado por parte de los usuarios de estas técnicas habrá de ser prestado de forma libre, voluntaria, expresa y consciente. En concreto, por parte de la usuaria/receptora mayor de dieciocho años habrá de prestarse “en pleno uso de sus facultades” (art. 3 LAP) y “con plena capacidad de obrar” (art. 6 LTRHA).

En lo que respecta tanto a la LAP como a la LTRHA, sorprendentemente ninguna de las dos ha visto modificada su terminología en consonancia con la Ley 8/2021, pues el legislador no ha adecuado las expresiones “en pleno uso de sus facultades” (art. 3 LAP)³⁴ y “con plena capacidad de obrar” (art. 6 LTRHA) a la nueva terminología y sistema legal de la mencionada ley. Esta terminología, pese a que se encuentra superada tras la reforma de 2021, no deja de ser llamativa, ya

32 SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La responsabilidad médica”, cit., p. 29.

33 DE LAS HERAS VIVES, L.: “Responsabilidad civil médica”, cit., p. 318.

34 Vid. también art. 9.3 b) que sigue expresando que se otorgará el consentimiento por representación “Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia”.

que, pese a que con casi total seguridad se trata de un mero olvido involuntario del legislador, no deja de ser una forma de limitar el acceso a las TRHA por parte de las personas con discapacidad.

De lo que no cabe duda es de que con anterioridad a la reforma que opera la Ley 8/2021, el acceso a este tipo de técnicas se encontraba vetado para las usuarias con una discapacidad psíquica, y así lo sostiene parte de la doctrina, como DÍAZ PARDO para quien el art. 6 de la LTRHA exige que la usuaria tenga plena capacidad de obrar, para poder emitir conforme a la LAP un consentimiento libre, consciente y expreso. De acuerdo con la legislación previa a la reforma, todas las mujeres incapacitadas legalmente quedaban excluidas del acceso a las TRHA, independientemente del contenido de la resolución, por no tener “plena capacidad de obrar”. Respecto a aquellas mujeres que no se encontrasen inmersas en un procedimiento judicial, pero pudieran tener alguna discapacidad intelectual, entiende la autora que también quedaban excluidas, dada la necesidad de que el consentimiento fuera consciente³⁵.

Sin embargo, la reforma legal que introdujo la Ley 8/2021 supone el abandono de la dicotomía existente hasta el momento que distinguía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, siendo estas sustituidas por una capacidad jurídica que engloba tanto la potestad de ser titular de derechos y de obligaciones como la de ejercerlos plenamente. Esta reforma obedece a la necesidad de adaptar a nuestro derecho el contenido de la CDPD, firmada en Nueva York en 2006 y ratificada por España en 2008. Este nuevo sistema opta por dotar de una mayor autonomía a las personas con discapacidad, eliminando figuras como la de la incapacitación judicial, así como la terminología peyorativa hacia estas personas reinante en nuestro ordenamiento jurídico hasta el momento. De esta forma, se sustituye un modelo previo de un mayor carácter “médico” por uno de carácter social³⁶, en el que lo que prevalece es la autonomía de las personas con discapacidad, sus preferencias, deseos y desarrollo de la personalidad. Esta idea se ve respaldada por la modificación de los sistemas de apoyo y representación anteriores a la reforma, de tal manera que la tutela queda únicamente reservada para los menores de edad, siendo la curatela la figura encargada de asistir a las personas con discapacidad y, únicamente en casos excepcionales, representarlas (art. 269 CC). El curador asistencial, por tanto, pasa a ser una figura central de la nueva reforma, encargándose este de promover la autonomía, voluntad y autoestima de la persona con discapacidad hasta donde le sea posible, sin olvidar que las personas con discapacidad ahora ostentan los mismos derechos (y accesibilidad a los mismos) que el resto de las personas.

35 DÍAZ PARDO, G.: “Consentimiento informado”, cit., p. 275.

36 SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, p. 299.

De igual modo, conviene recordar que la propia CDPD en su art. 23.1 b) reconoce el derecho de las personas con discapacidad a que “Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”. El apartado c) del mismo precepto, por su lado, indica que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, (tienen derecho o a que) mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

A lo dispuesto en la CDPD se le ha de sumar la existencia de las propias TRHA, las cuales no tienen otro fundamento que la de facilitar o permitir tener descendencia a los usuarios³⁷. En las TRHA lo que se persigue es posibilitar a los usuarios ser padres, permitiendo su acceso incluso a través del sistema de la seguridad social. Esto se ve respaldado por el hecho de que el art. 7.3 de la LTRHA permita la doble maternidad de mujeres casadas y la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero la de las parejas de mujeres no casadas³⁸. De igual modo, cabe destacar que en virtud del art. 56 CC, las personas con discapacidad pueden contraer matrimonio, por lo que, aunque no sea ello sinónimo de tener hijos, sí que indica la igualdad de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar y en la sociedad actual en el plano legal. Por su lado, destacar la importancia de la reciente modificación del art. 9.5 de la LAP, el cual ahora reza: “La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

Debido a todo lo expuesto, debemos de optar por considerar que la conservación de la antigua terminología se trata de una omisión involuntaria del legislador. Y ello se debe a que la realidad es que dicha terminología y todo lo que ella conlleva se encuentra superada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en consonancia con la CDPD, que garantiza la igualdad efectiva de las personas con discapacidad, así como su capacidad para obligarse y contratar. Antes de dicha reforma no cabe duda de que, efectivamente, las personas con cierta discapacidad se encontraban vetadas del uso de las técnicas de reproducción asistida, pero actualmente, limitar el acceso de las personas con discapacidad a este tipo de

37 DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: “Mujer con discapacidad”, cit., p. 353.

38 Art. 16.2 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: “Sin perjuicio del proceso de actualización de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, cuando las prestaciones de la misma sean las técnicas de reproducción humana asistida, se garantizará el acceso a estas técnicas a mujeres lesbianas, mujeres bisexuales y mujeres sin pareja en condiciones de igualdad con el resto de mujeres, y asimismo a las personas trans con capacidad de gestar, sin discriminación por motivos de identidad sexual.”

prácticas por el uso de una terminología ya superada supondría una discriminación hacia estas, contraviniendo la actual legislación y el espíritu de la reforma.

Por lo tanto, esta terminología ha de entenderse superada con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la cual elimina la incapacitación y da paso a considerar que las personas con discapacidad tienen el pleno ejercicio de su capacidad jurídica y que, únicamente cuando sea necesario, pueden verse asistidas por medidas de apoyo. Por ello, reiteramos que ha de entenderse la no modificación de los términos antes indicados como un olvido u omisión involuntaria del legislador, sin que se trate de realizar una diferenciación o exclusión de las personas con discapacidad a la hora de acudir a las TRHA. Y ello se debe a que, en el marco legal establecido por la Ley 8/2021, toda persona con discapacidad debería poder contratar y obligarse en igualdad de condiciones al resto de personas sin que quepa distinción y siendo asistida únicamente en los casos en los que sea necesario. Es por ello por lo que podemos afirmar que cualquier mujer mayor de dieciocho años puede ser usuaria de las TRHA³⁹, pues hemos de obviar el término “plena capacidad de obrar”. Sin embargo, cabe prestar especial atención al consentimiento emitido por la persona con discapacidad, en particular cuando este tiene lugar en el ámbito médico y sanitario. Ello plantea la necesidad de evaluar el consentimiento emitido por parte de las personas con discapacidad en las TRHA.

Bajo el prisma de este entramado jurídico y en lo que a nosotros nos atañe, se ha de estudiar la igualdad efectiva de las personas con discapacidad en lo que respecta al consentimiento informado en el ámbito sanitario, cuestión que se abordará a continuación.

El consentimiento prestado por las usuarias con discapacidad en las TRHA.

En lo que a nosotros corresponde, el ámbito del presente apartado se ha de centrar en el consentimiento emitido por las personas con una discapacidad, al exigir tanto la LAP como la LTRHA un consentimiento “consciente”.

En primer lugar, tal como indica la LAP en su art. 9.7, en consonancia con la reforma de la Ley 8/2021 y la CDPD, se ha de respetar el principio de accesibilidad para todas las personas, favoreciendo que sea la usuaria quien preste consentimiento por sí misma. Esta será la principal intención, por lo que, en cada caso concreto, los médicos tendrán una labor extra de informar conforme a las necesidades concretas de cada persona con discapacidad⁴⁰. En caso de que la persona se encuentre provista de medidas de apoyo, ya sean voluntarias o

39 SERNA MEROÑO, E.: “El derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad: posibilidad de ser usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida”, en AA.VV.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 599.

40 DÍAZ PARDO, G.: “Consentimiento informado”, cit., p. 254.

judiciales, se habrá de atender a estas, así como a la resolución judicial que las determine. Aunque en principio esto no debería ser impedimento al prever la LAP el consentimiento emitido por la persona con discapacidad provista de las medidas de apoyo necesarias, sí que consideramos que puede haber excepciones.

Tal como hemos hecho referencia en el párrafo anterior, se ha de traer a colación en esta materia lo dispuesto en el art. 9.7 de la LAP, el cual establece, respecto de los pacientes con discapacidad, que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, respetando su dignidad personal y siempre en su favor. Además, el paciente participará en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, y si este fuese una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, además de proporcionarle la información en formatos adecuados, de tal manera que le resulte accesible y comprensible, en pro de que sea la persona con discapacidad quien preste por sí misma consentimiento⁴¹. Todo ello deja claro que en la LAP se prevé el consentimiento de las personas con discapacidad en el ámbito médico y sanitario por medio de la representación, así como en los casos en los cuales se encuentren provistas de medidas de apoyo asistenciales.

Por otro lado, la usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida, de acuerdo con el art. 6 de la LTRHA, deberá ser una mujer mayor de dieciocho años y que haya emitido un consentimiento informado por escrito y de forma libre, consciente y expresa.

Pese a la generalización con la que se les suele tratar, las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo, por lo que se habrá de atender a las necesidades y particularidades de la persona con discapacidad en cada caso concreto. Se ha de distinguir entre aquellas personas con una discapacidad psíquica y cognitiva, que afecta a su capacidad intelectual y capacidad de entendimiento. Por otro lado, están las personas que presentan una discapacidad de carácter físico. Y, por último, personas con una discapacidad sensorial, como puede ser auditiva o visual.

La discapacidad sensorial únicamente plantea la necesidad de que los centros proporcionen la información, así como todos los riesgos derivados de las prácticas, en medios a los que las personas dependiendo de su discapacidad sensorial puedan tener acceso y emitir un consentimiento informado válido, por lo que no hay ningún problema a la hora de que las personas con discapacidad sensorial

41 CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: "La autodeterminación de la mujer con discapacidad intelectual sobre su salud y libertad sexual", en AA.VV.: *Mujer, discapacidad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 339.

presten su consentimiento para ser usuarias de estas técnicas⁴². Respecto de la discapacidad física, se habrá de atender a que dicha alteración de carácter físico pueda ser un riesgo para la madre o para el nacido, puesto que es deber de los centros garantizar la seguridad de ambos, inclusive cuando aun conociendo los riesgos la usuaria acepte⁴³. El facultativo en cada caso concreto deberá valorar si la discapacidad física supone un riesgo proporcional a asumir en caso de llevar a cabo estas técnicas, pero, *a priori*, no plantea problemas en cuanto a la emisión de un consentimiento informado⁴⁴. Por su lado, la discapacidad psíquica *per se* no es un impedimento como tal para el acceso a las TRHA, no obstante, esta discapacidad psíquica ha de ser necesariamente compatible con que la usuaria pueda comprender la información que el centro médico le proporciona, ya que es requisito indispensable que la usuaria preste un consentimiento libre y consciente. Ello, por tanto, obliga a los facultativos a proporcionar toda la información relativa a las técnicas en formatos y condiciones accesibles a las necesidades de la persona con discapacidad en cada caso particular⁴⁵.

Ahora bien, como parte de la doctrina afirma, la exigencia de que sea la usuaria quien preste su consentimiento de forma personalísima, excluye cualquier consentimiento prestado por representación, quedando fuera de este ámbito material las usuarias con discapacidad provistas de una curatela representativa⁴⁶, pese a que la LAP sí que prevé el consentimiento por esta vía para la generalidad de las prácticas médicas. Ello se ve respaldado por la interpretación que ex art. 287 CC ha de realizarse, entendiendo que actos como el cambio de nombre y apellidos, de sexo, celebración de matrimonio o el sometimiento a las técnicas de reproducción asistida son actos que por su carácter personalísimo no admiten asistencia o representación⁴⁷. En esta línea se mueve gran parte de la doctrina, que sostiene que al carácter personalísimo que reviste esta materia hace imposible otorgar validez al consentimiento prestado a través de una curatela con funciones representativas.

Otros autores van más allá, considerando y extendiendo esta imposibilidad de acceder a las TRHA a las usuarias con discapacidad provistas de medidas de apoyo asistenciales, como CAZORLA GONZÁLEZ, para quien la reproducción asistida parece estar vetada para las personas con discapacidad, debido a que el art. 6 de la LTRHA exige “plena capacidad de obrar” de la persona receptora de las

42 SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida”, cit., p. 301.

43 SERNA MEROÑO, E.: “El derecho a la maternidad”, cit., p. 600.

44 SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida”, cit., p. 301.

45 *Ibidem*, p. 302.

46 *Ibidem*, p. 300. Vid. también DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: “Mujer con discapacidad”, cit., p. 349.

47 JORQUI AZOFRA, M. y LUQUIN BERGARECHE, R.: “La curatela de la persona con discapacidad”, en AA.VV.: *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 703.

técnicas, excluyendo la validez del consentimiento prestado por representación y, por extensión, el que incluye cualquier apoyo voluntario desprovisto de control judicial⁴⁸. En esta misma línea se sitúa GONZÁLEZ CARRASCO, para quien la terminología del art. 6 de la LTRHA es determinante, al exigir que el consentimiento sea emitido por la usuaria mayor de edad con “plena capacidad de obrar”, dejando fuera, por tanto, el consentimiento emitido por representación, así como también el consentimiento emitido por la persona con discapacidad provista de medidas de apoyo asistenciales o no representativos que incluyan la toma de decisiones en el ámbito sanitario. Ello se debe no tanto a la expresión “plena capacidad” sino a la ausencia de controles judiciales, médicos e institucionales que vengán a verificar la aptitud de la usuaria para prestar un consentimiento acorde a la importancia y los riesgos de estas prácticas, así como de las implicaciones jurídicas que suponen la emisión de un consentimiento informado en materia de reproducción asistida⁴⁹.

Pese a la opinión de esta parte de la doctrina y a que con la terminología en la mano podríamos considerar que la accesibilidad a las TRHA por las personas con discapacidad se encuentra limitada, no podemos obviar que del espíritu de la CDPD y de la reforma de 2021 hemos de extraer que las personas con discapacidad tienen capacidad para prestar su consentimiento ya sea tanto en el ámbito contractual como en el sanitario por sí solas y, por tanto, acceder a las TRHA en igualdad de condiciones al resto de usuarias. El supuesto ideal y buscado, por tanto, es que sea la usuaria la que preste el consentimiento por sí misma, tras haber sido informada de todos los extremos, riesgos y tasas de éxito (no olvidemos que estamos ante medicina no curativa)⁵⁰ en los medios que sean oportunos para garantizar su comprensión y entendimiento. Para el caso de que la persona/usuaria con discapacidad se encuentre provista de medidas de apoyo, se habrá de atender al carácter de estas. De igual forma, se habrá de atender al contenido de la resolución judicial que determina el contenido y alcance de estas medidas de apoyo, que lo más normal es que se constituya en una curatela asistencial. Esta curatela asistencial puede no ser provista para el apoyo en la toma de decisiones de ámbito sanitario, por lo que la persona con discapacidad, en principio, comprende y puede emitir consentimiento⁵¹. En el caso de que la curatela asista a la persona en la toma de decisiones médicas, tal como acabamos de ver, parte de la doctrina considera que ha de excluirse la validez de este consentimiento⁵². Sin embargo, del espíritu de la reforma, así como de lo indicado en el art. 9.7 de la LAP, hemos de extraer lo contrario, puesto que dicha curatela

48 CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: “La autodeterminación”, cit., p. 339.

49 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 39, p. 241.

50 STS 30 noviembre 2021 (ECLI: ES:TS:2021:4355).

51 CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: “La autodeterminación”, cit., p. 339.

52 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 241. *Vid.* también CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: “La autodeterminación”, cit., p. 339.

no sustituiría en ningún momento la voluntad de la persona con discapacidad, ni siquiera a la misma persona, ya que sería ella quien a fin de cuentas prestaría consentimiento. El curador se encargaría de promover la autoestima y voluntad de la usuaria para garantizar que comprende la práctica a la que se va a someter, pero es esta quien tiene que emitir el consentimiento final. La cuestión, en todo caso, estaría en determinar si, dada la particularidad de esta práctica médica de generar una serie de efectos jurídicos como son la maternidad y todo lo que conlleva, la labor del curador de asistir a la usuaria con discapacidad es suficiente para que la persona pueda acceder a las TRHA, ya que, una vez se ha producido el alumbramiento, la maternidad será ejercida (exclusivamente o junto a su pareja/cónyuge) por la usuaria⁵³.

Menos dudas nos deja, por su lado, el posible consentimiento emitido por medio de una curatela con funciones representativas. Respecto del consentimiento prestado por la usuaria provista de una curatela representativa, tal como hemos indicamos en párrafos anteriores, del art. 287 CC ha de extraerse que actos como el cambio de nombre y apellidos, de sexo, celebración de matrimonio o el sometimiento a las técnicas de reproducción asistida son actos que por su carácter personalísimo no admiten asistencia o representación, sobre todo, partiendo de la base de que la curatela representativa tiene un carácter excepcionalísimo, por lo que estaríamos hablando de una usuaria con un grado relevante de discapacidad. Tampoco se encuentra previsto en el texto de la LTRHA que se pueda prestar consentimiento por la vía de la representación, al contrario, pues el art. 6 exige que sea la usuaria quien lo emita. Y, es que una cuestión es el derecho que las personas con discapacidad tienen para emitir un consentimiento en el ámbito médico de carácter curativo incluso a través de la representación, pues de otro modo no podrían acceder a las prácticas que curen o palien su padecimientos, y otra muy distinta es dotar de validez al consentimiento por medio de la representación en unas técnicas exclusivamente orientadas a la gestación de un hijo, de carácter totalmente voluntario y que son el inicio de un largo recorrido como es la maternidad, con todas las consecuencias y responsabilidades que ello conlleva.

Es por todo lo expuesto que, en sintonía con la doctrina mencionada, consideramos que la terminología anterior a la reforma empleada tanto en la LAP como en la LTRHA y que no ha sido modificada es contraria al derecho a la accesibilidad universal que reconoce la CDPD⁵⁴, en la medida que alude a una limitación en el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las usuarias con discapacidad en igualdad de condiciones al resto de personas. Ello se debe a que del espíritu de la reforma, así como de lo que dispone la Convención,

53 DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Mujer con discapacidad", cit., p. 367.

54 *Ibidem*, p. 365.

las usuarias con discapacidad deberían poder acceder a este tipo prácticas, ya sea emitiendo consentimiento por sí mismas o asistidas cuando se encuentre provistas de medidas de apoyo de carácter asistencial. Diferente es el supuesto de las usuarias provistas de una curatela con facultades representativas, pues en este supuesto no podrían acceder a este tipo de técnicas debido al inherente carácter personalísimo de las mismas, lo que sería incompatible con un consentimiento prestado por quien sustituye a la pretendida usuaria. Otra cuestión sería la de una curatela representativa sin incidencia en la toma de decisiones médicas, por lo que, se habrá de atender en cada caso concreto al contenido de la resolución que provee dichas medidas.

Es por tanto necesaria una reforma por parte del legislador de los artículos ya mencionados de la LTRHA y de la LAP, de tal manera que se elimine cualquier tipo de terminología que aluda a una limitación a las usuarias con discapacidad que puedan prestar consentimiento por sí mismas o asistidas por medidas de apoyo de carácter asistencial. Esta modificación no solo ha de eliminar cualquier atisbo de duda, sino que habrá de incluir los supuestos y formas en los que la persona con discapacidad podrá emitir consentimiento al uso de estas técnicas, dependiendo de si se encuentran provistas de medidas de apoyo y el carácter de estas.

IV. CONCLUSIONES.

Podemos afirmar que las técnicas de reproducción humana asistida son una práctica médica, y como toda práctica de carácter sanitario, calificable como una obligación de medios. Ello se debe a que, como bien afirma el Tribunal Supremo, en toda práctica médica existe un inevitable componente de aleatoriedad que hace que no pueda garantizarse un resultado a un paciente con total seguridad. La obligación del facultativo, por tanto, reside en actuar de la forma más diligente posible de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, así como en informar a los pacientes de todo aquello relativo a la intervención a la que van a someterse, pero no en la obtención de un resultado determinado, salvo que este se garantice. Aquí es donde cobra relevancia la distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva: en el deber de informar. En los supuestos de medicina satisfactiva, aunque también estaremos una obligación de medios -por ser una obligación médica- el deber de informar ha de ser sumamente minucioso, conteniendo todos los posibles riesgos por residuales que sean, así como las tasas de éxito del procedimiento. Por tanto, podemos afirmar que el incumplimiento de los responsables sanitarios se daría en los supuestos de no actuar diligentemente de acuerdo a la *lex artis ad hoc*; en caso de no recabarse un consentimiento informado, cuestión que en los supuestos de medicina no curativa -como lo es la reproducción asistida- habrá de ser extremadamente detallado y exhaustivo; y en aquellos supuestos en los que el obligado garantice un resultado determinado y este no se dé. Sin

embargo, pese a que estas cuestiones podrían considerarse zanjadas, la regulación de esta obligación y, por ende, del contrato del que deriva ha de responder a una cuestión de cada vez más relevancia en nuestra sociedad, en la que se establezca fehacientemente las causas de incumplimiento y el carácter y naturaleza de esta obligación, con la intención de que estas cuestiones no dependan enteramente de los posibles cambios de criterio de nuestro Alto Tribunal.

Por otro lado, en lo que respecta a los requisitos de las usuarias de las TRHA, tras la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico del contenido de la CDPD a través de la Ley 8/2021, la terminología empleada en los arts. 6 y 3 de la LTRHA y de la LAP, respectivamente, ha de ser modificada. Ello se debe a que no son acordes al espíritu de la reforma, al vulnerar el principio de accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta terminología hoy en día supone una limitación al acceso a las técnicas de reproducción asistida a las usuarias con discapacidad, puesto que cerca dicho acceso a las usuarias con “plena capacidad de obrar”, excluyendo a las personas que presenten una discapacidad. Dicha reforma de los artículos referidos no solo debe eliminar cualquier atisbo de duda en cuanto al acceso a este tipo de prácticas por las usuarias con discapacidad, sino que además ha de establecer las distintas medidas de apoyo a través de las cuales las usuarias que las necesiten podrán prestar consentimiento. Pese a la terminología desfasada, no podemos considerar tajantemente que estas personas no tengan derecho a este tipo de técnicas, y ello se debe a que, de acuerdo con la CDPD, la cual no solo garantiza el derecho de accesibilidad universal de las personas con discapacidad, sino que también establece el derecho de estas de elegir libremente el número de hijos que quieren tener y el tiempo que ha de pasar entre un nacimiento y otro. De igual modo, las propias técnicas de reproducción asistida respaldan este derecho, pues no protegen otro interés más allá que el de las personas de ser padres, garantizándose incluso por la vía de la sanidad pública. Todos estos argumentos nos llevan a considerar que las personas con discapacidad han de poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, siendo necesaria una reforma de la terminología actual, que a nuestro parecer limita este acceso, o cuando menos deja lugar a dudas en cuanto a este.

El consentimiento prestado por las personas con discapacidad en este tipo de prácticas es otra cuestión de especial importancia. Partiendo de la base de que estas tengan derecho a acceder a estas prácticas, el consentimiento habrá de ser prestado por la propia usuaria tras haber sido informada en formatos adecuados a sus circunstancias de todo lo relativo a las técnicas, de acuerdo con el espíritu de la reforma y de la CDPD. Cuando esta se encuentre provista de medidas de apoyo se habrá de atender al contenido y carácter de estas, siendo que no debería existir impedimento en un consentimiento emitido tras la asistencia del curador. El consentimiento prestado a través de una curatela representativa ha

de ser completamente descartado, pues el propio art. 6 exige que sea la usuaria quien lo preste, además de por el carácter personalísimo de este tipo de técnicas. En cualquier caso, se ha de garantizar que la usuaria pueda entender la información que se le da, siendo que, dado el carácter excepcional de la curatela representativa, si la usuaria precisa de ella, difícilmente podremos afirmar que efectivamente se esté prestando un consentimiento válido e informado. Se ha de tener en cuenta que esto no es una práctica curativa, sino voluntaria, de la que se derivará una maternidad que habrá de ser ejercida en exclusiva por la usuaria. Todo esto ha de ser regulado en la propia LTRHA, que debe de establecer los supuestos y medios en los que las usuarias con discapacidad deberán prestar consentimiento, de una forma que se adapte al espíritu y principios de la reforma introducida por la Ley 8/2021.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 6 (2), 2014.

CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: "La autodeterminación de la mujer con discapacidad intelectual sobre su salud y libertad sexual", en AA.VV.: *Mujer, discapacidad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Mujer con discapacidad y técnicas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *Mujer, discapacidad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

DE LAS HERAS VIVES, L.: "Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas (Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados)*, Dykinson, Madrid, 2006.

DÍAZ PARDO, G.: "Consentimiento informado en la toma de decisiones para actos médicos. Respeto a la voluntad de la persona vulnerable", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2018.

FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

FAYOS GARDÓ, A.: *El sistema sanitario español y el valenciano (Curso de introducción al derecho sanitario)*, Dykinson, Madrid, 2019.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones crioconservados", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022.

GONZÁLEZ CARRASCO, C.: "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, 2021.

JORQUI AZOFRA, M. y LUQUIN BERGARECHE, R.: "La curatela de la persona con discapacidad", en AA.VV.: *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con*

discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor, Dykinson, Madrid, 2022.

LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil por vulneración del consentimiento informado* (El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales), Dykinson, Madrid, 2021.

SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2018.

SERNA MEROÑO, E.:

- “El derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad: posibilidad de ser usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida”, en AA.VV.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012.

SERRANO GIL, A.: “La obligación de medios y resultados en el ámbito sanitario: aspectos jurisprudenciales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 805, 2024.

COMENTARIOS DE SENTENCIAS



**VALIDEZ Y EFICACIA DEL PODER PREVENTIVO
NO INSCRITO Y DESPROVISTO DE CONTROLES Y
SALVAGUARDAS LEGALES O VOLUNTARIAS: PRIMACÍA
FRENTE A LA CURATELA JUDICIAL. COMENTARIO A LA
STS DE ESPAÑA, NÚM. 1449/2024, DE 4 DE NOVIEMBRE
(JUR\2024\420540, ECLI:ES:TS:2024:5267)***

**VALIDITY AND EFFICACY OF UNREGISTERED POWER OF
ATTORNEY DEVOID OF LEGAL OR VOLUNTARY CONTROLS
AND SAFEGUARDS: PRIMACY OVER CURATORSHIP OF THE
COURT. COMMENT ON SPANISH STS NO. 1449/2024, OF
NOVEMBER 4 (JUR\2024\420540, ECLI:ES:TS:2024:5267)**

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 722-741

* Este trabajo se enmarca en el ámbito de las actividades de los Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (PID2023-151835OB-I00) IIPP. José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros y "Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado" (PID2023-153228NB-I00) IIPP. María Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo; de los Proyectos de Investigación de la Generalitat Valenciana "Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)" (CIAICO/2023/024) IP. José Ramón de Verda y Beamonte y "Cuestiones controvertidas en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica por los y las menores de edad" (CIGE/2023/71) IP. Pedro Chaparro Matamoros; del Grupo de Investigación de Referencia del Gobierno de Aragón "Ius Familiae" (S30_23R) IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; de la Red de Universidades por la Infancia y la Adolescencia (RUIA); de la International Network of Jurists and Experts in Vulnerability (INJEV); y del Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad de la Universidad de Zaragoza (IEDIS).

Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: La sentencia comentada se pronuncia sobre la validez y eficacia de un poder preventivo con cláusula de subsistencia no inscrito en el Registro Civil y desprovisto de controles y salvaguardas, tanto de carácter voluntario como legal, al haberse otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021. El Tribunal Supremo concluye que la inscripción registral no tiene carácter constitutivo y que el poder preventivo es medida de apoyo suficiente pese a la falta de mecanismos voluntarios o legales de control y salvaguarda, dado que siempre cabe establecer controles o salvaguardas judiciales, lo que determina la no procedencia de la constitución judicial de la curatela.

PALABRAS CLAVE: Poder preventivo; cláusula de subsistencia; curatela; Registro Civil; controles; salvaguardas.

ABSTRACT: *The commented judgment rules on the validity and efficacy of the power of attorney with a subsistence clause not registered in the Civil Registry and devoid of controls and safeguards, both of a voluntary and legal nature, having been granted before the entry into force of Law 8/2021. The Supreme Court concludes that registration does not constitute a constitutive requirement and that the power of attorney is a sufficient support measure despite the lack of voluntary or legal control and safeguard mechanisms, given that it is always possible to establish judicial controls or safeguards, which determines that the judicial constitution of the curatorship is not appropriate.*

KEY WORDS: *Power of attorney; subsistence clause; curatorship; Civil Registry; controls; safeguards.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. EL PODER PREVENTIVO CON CLÁUSULA DE SUBSISTENCIA COMO MEDIDA VOLUNTARIA DE APOYO.- II. PRIMACÍA DE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO CUANDO RESULTEN ADECUADAS Y SUFICIENTES.- III. PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO.- IV. REQUISITOS DE CAPACIDAD PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO.

SUPUESTO DE HECHO

El 28 de abril de 2021, D. Agapito interpuso demanda en la que solicitaba la declaración de incapacidad de su madre, Dña. Clara, y la constitución de la tutela. Durante la tramitación del procedimiento entró en vigor 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 (en adelante: Ley 8/2021), que, entre otras reformas, suprimió la incapacitación judicial, sustituyéndola por la provisión de las medidas de apoyo que precise cada persona y eliminó la tutela del ámbito de la discapacidad¹. Ello llevó al actor a modificar su pretensión y a solicitar que se adoptara un régimen de curatela.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 22 de noviembre de 2021 desestimando la demanda con base en el art. 255 CC, que establece el carácter prevalente de las medidas de naturaleza voluntaria sobre las de carácter judicial. Y es que, se reveló que Dña. Clara había otorgado escritura pública el 20 de abril de 2021 por la que confería poder general en favor de sus hijos D. Mario y Dña. Tatiana con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad. Una medida de apoyo que el tribunal consideró que se venía ejerciendo de forma eficaz y que se acomodaba tanto a las preferencias y deseos que manifestó en su día Dña. Clara como a su voluntad presente.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria por parte de D. Agapito, alegando que el poder no constaba inscrito en el Registro Civil, por lo que entendía que no era válido. Además, consideraba que no resultaba suficiente, tanto por el grado de discapacidad que padecía Dña. Clara como por carecer de medidas voluntarias de control y salvaguarda para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, y no resultar aplicables tampoco las previstas legalmente para la curatela, al tratarse de un poder otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la

¹ Quedando limitada a los menores de edad no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad (art. 199 CC).

• **Javier Martínez Calvo**

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: javiermc@unizar.es.

Ley 8/2021. Junto a ello, argumentaba que, en el momento de otorgamiento del poder, Dña. Clara tenía su capacidad afectada por la enfermedad degenerativa que padecía, basándose en un dictamen del Instituto de Medicina Legal elaborado apenas cuatro meses después del otorgamiento del poder, una resolución por la que se reconoció a Dña. Clara una discapacidad física psíquica-sensorial del 81% y otros informes médicos y socio sanitarios que D. Agapito entendía que desvirtuaban el juicio de capacidad que realizó el notario. Por último, también alegaba la infracción de algunas normas de carácter procesal², una cuestión en la que no vamos a entrar en este comentario, pues se va a centrar en el ámbito del Derecho sustantivo.

La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia de 9 de octubre de 2023 (JUR\2023\555122, ECLI:ES:APGC:2023:3829) desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Agapito y confirmando la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de noviembre de 2021, por considerar que el poder era válido y que la inscripción en el Registro Civil es a meros efectos de publicidad. Además, al igual que el tribunal de primera instancia, puso de manifiesto que el poder resultaba suficiente, se estaba ejerciendo eficazmente y respondía a los deseos actuales de Dña. Clara.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso de casación D. Agapito, en la que ya no hacía referencia a la posible falta de capacidad de Dña. Clara en el momento del otorgamiento del poder, pero sí al resto de alegaciones vertidas en segunda instancia: argumentando, por tanto, que la inscripción registral es requisito constitutivo de la validez del poder y que el poder preventivo no es medida de apoyo suficiente cuando no está provisto de controles y salvaguardas de carácter voluntario, y, por haberse otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, no resultan aplicables tampoco los mecanismos de control y salvaguarda de carácter legal previstos para la curatela. Con base en ello, solicita nuevamente el establecimiento de un régimen de curatela con las debidas salvaguardas y controles.

2 Con base en la inadmisión de los medios de prueba que propuso en el acto de la vista (interrogatorio, testifical y documental) y los que había propuesto de forma anticipada a su celebración (requerimiento del historial médico completo de la demanda e informes sociosanitarios), la omisión de entrevista judicial con la persona con discapacidad con el argumento de que ya se había realizado por el Instituto de Medicina Legal y la admisión de forma extemporánea el poder otorgado en fecha 20 de abril de 2021 por Dña. Clara, pues no se había alegado su existencia en la contestación a la demanda. Además, el recurrente en apelación alegaba en su recurso que la sentencia de primera instancia era contraria al principio de justicia rogada, pues no adoptó medidas judiciales de apoyo al considerar que debía respetarse las preferencias de Dña. Clara, sin tener en cuenta que nada de ello fue alegado por la demandada en su contestación. Consideraba que ello no podía quedar salvado con la petición realizada por el ministerio fiscal, pues, al no haberse realizado la entrevista judicial, no pudo constatar si, como finalmente concluyó el juez, el referido poder era la voluntad o preferencia de Dña. Clara.

El Tribunal Supremo, en la STS 4 noviembre 2024 (JUR\2024\420540, ECLI:ES:TS:2024:5267), objeto de este comentario, desestimo íntegramente el recurso de casación interpuesto por D. Agapito y confirmó la sentencia recurrida.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo establece que un poder preventivo con cláusula de subsistencia es válido y eficaz aunque no esté inscrito en el Registro Civil, ya que la inscripción no tiene naturaleza constitutiva. Asimismo, determina que dicho poder constituye una medida de apoyo suficiente pese a carecer de mecanismos de control y salvaguarda de carácter legal o voluntario, pues queda a salvo el control judicial que resulta de lo dispuesto en el último párrafo del art. 258 CC y en el art. 1732.5 CC y las salvaguardas que el art. 249 CC faculta al juez para adoptar cuando lo considere necesario a fin de asegurar el adecuado ejercicio de las medidas de apoyo. Unas previsiones que se aplican incluso cuando no lo haya previsto expresamente el poderdante y que, de hecho, el Tribunal Supremo considera que este no puede excluir. En consecuencia, concluye que no procede la constitución judicial de la curatela.

COMENTARIO

I. EL PODER PREVENTIVO CON CLÁUSULA DE SUBSISTENCIA COMO MEDIDA VOLUNTARIA DE APOYO.

La Ley 8/2021, promulgada con el propósito de adaptar nuestro ordenamiento nacional a las previsiones recogidas en la Convención de Nueva York de 2006 en el ámbito del Derecho privado, ha apostado decididamente por la autorregulación de la propia discapacidad, permitiendo que la persona interesada pueda establecer el sistema de apoyos que precise y determinar su contenido y alcance. En este sentido, la nueva redacción del art. 255.I CC recoge expresamente la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás prevea en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. De este modo, permite que el interesado decida en el momento en el que cuenta con plena capacidad de autogobierno cómo será la gestión de una eventual situación de discapacidad, anticipándose al momento en el que carezca de capacidad suficiente para adoptar una decisión sobre esta cuestión. Y es que, se considera que el propio interesado es quien está en una mejor posición para establecer las medidas que van a regir su persona y bienes ante una eventual situación de discapacidad futura.

En muchos casos, este tipo de medidas son adoptadas por personas que han recibido un diagnóstico de algún tipo de enfermedad de carácter degenerativo que provoca un progresivo deterioro cognitivo y, estando todavía en la fase inicial de desarrollo de la enfermedad y, por tanto, encontrándose en plenas facultades, deciden prever de forma anticipada el sistema de apoyos al que quedarán sujetas una vez que la enfermedad avance y limite su capacidad de autogobierno. Es lo que sucede en el caso que nos ocupa, pues Dña. Clara había sido diagnosticada de la enfermedad de Alzheimer y, aunque en ese momento solo presentaba un deterioro cognitivo leve que parece que le permitía expresar libremente su voluntad, deseos y preferencias, la propia sentencia advierte que el pronóstico es de una pérdida progresiva de la capacidad. En cualquier caso, nada impide que las mencionadas medidas sean adoptadas por una persona que se encuentre en perfecto estado de salud pero que quiera adelantarse a una eventual situación de discapacidad.

En cuanto a las medidas concretas, el Código Civil no las enumera, limitándose a señalar en su art. 250.3 CC que "las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance". Sí que se hace mención en el punto III de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 a las dos medidas que el legislador parece considerar más importantes³: "dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela"⁴; dotándolas de una regulación específica.

En este caso, Dña. Clara recurrió a la primera de estas medidas, es decir, a los llamados poderes y mandatos preventivos, que constituyen una declaración de voluntad de carácter unilateral y recepticia adoptada en previsión de una eventual situación de discapacidad futura por la que una persona encarga a otra que actúe

3 Si bien, el sujeto interesado también puede diseñar y establecer otras medidas de apoyo no tipificados en la ley, cuando estas se adapten mejor a sus necesidades y circunstancias (ej. designando a una persona que le preste consejo, sin necesidad de proponer la constitución de un régimen de curatela): *vid.* PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, p. 14. Además, también es posible otorgar las denominadas voluntades anticipadas o instrucciones previas, que cuentan con una regulación específica al margen del Código Civil, recogida en 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, y que, al igual que las mencionadas medidas, tienen por objeto que la persona pueda establecer previsiones para que entren juego una vez que carezca de la facultad de tomar decisiones por sí misma.

4 En realidad, se trata de medidas que ya estaban previstas en nuestra legislación civil, pues la Ley 41/2003 introdujo la denominada autotutela (ahora sustituida por la autocuratela) y la posibilidad de otorgar poderes preventivos de cara a una eventual situación de discapacidad. No obstante, en el contexto de ampliación de la autonomía de la voluntad en la que se mueve la Ley 8/2021 (y la propia Convención de Nueva York de 2006), la nueva regulación hace una apuesta decidida en favor de este tipo de medidas, dotándolas de una regulación más completa y estableciendo su carácter prevalente sobre las medidas de origen legal, tal y como veremos en el siguiente apartado.

en su nombre para la defensa de sus intereses en el ámbito personal o patrimonial, o en ambos⁵.

El Código Civil recoge dos modalidades distintas de poderes preventivos: la primera, a la que se le suele conocer como poder continuado, es aquella en la que el poderdante otorga un poder que resulta eficaz con carácter inmediato, incluyendo en el mismo una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC); mientras que la segunda, a la que la doctrina se refiere habitualmente como apoderamiento preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*⁶, es aquella por la que el poderdante otorga poder solo para el supuesto de que en el futuro precise de apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 257 CC).

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante la primera modalidad, pues ya hemos visto que el poder incluía una cláusula que establecía su subsistencia en el caso de que la poderdante, Dña. Clara, padeciera una eventual situación de discapacidad que limitara su capacidad de autogobierno. De hecho, anteriormente Dña. Clara había otorgado un poder general ordinario en favor de su hijo D. Mario mediante escritura de 15 de mayo de 2018, pero se enteró casualmente por una gestión en la notaría de que no podría subsistir en caso de incapacitación⁷ (ahora sustituida por la necesidad de apoyo), por lo que decidió otorgar un nuevo poder, en este caso en favor de sus hijos D. Mario y Dña. Tatiana, con el objeto, precisamente, de incluir en el mismo la mencionada cláusula de subsistencia. Así lo manifestó la propia interesada en la entrevista que le fue realizada en fase de apelación.

II. PRIMACÍA DE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO CUANDO RESULTEN ADECUADAS Y SUFICIENTES.

Probablemente, uno de los aspectos más destacados de la nueva regulación en materia de protección de las personas con discapacidad, vigente desde septiembre de 2021, es la primacía que concede a las medidas voluntarias adoptadas por el propio interesado, que antepone a las medidas de origen legal⁸. Así lo señala expresamente el punto III de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, al disponer que “siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación

5 MARTÍNEZ CALVO, J.: *Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022, p. 71.

6 Vid. MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E.: “El apoderamiento o mandato preventivo”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 10, 2009, p. 17.

7 Al respecto, el art. 1732.3 CC, en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, preveía la incapacitación del mandante entre las causas de extinción del mandato.

8 Vid. GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, p. 34.

otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad”. En el mismo sentido, el art. 255.5 CC prevé que solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. En términos semejantes, el art. 249.I CC señala que las medidas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate⁹.

De hecho, ya hemos visto que la preferencia que concede la ley a las medidas voluntarias de apoyo es lo que llevó al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria a desestimar la demanda interpuesta por D. Agapito, en la que solicitaba el establecimiento de un régimen de curatela en favor de Dña. Clara. Y es que, durante el procedimiento se reveló que esta había otorgado poder general con cláusula de subsistencia en favor de sus hijos D. Mario y Dña. Tatiana.

Ahora bien, los preceptos mencionados *ut supra* condicionan la primacía de las medidas voluntarias de apoyo a que estas resulten adecuadas y suficientes para la correcta protección de la persona con discapacidad, pues, en otro caso, habrá de adoptarse judicialmente la medida de apoyo que corresponda: el nombramiento de un defensor judicial, cuando el interesado precise de apoyo ocasional (art. 250.6 CC) o el establecimiento de un régimen de curatela, si dicha necesidad de apoyo tiene carácter continuado (art. 250.5 CC).

Precisamente, la insuficiencia del poder preventivo otorgado por Dña. Clara es uno de los argumentos alegados por D. Agapito en sus recursos tanto de apelación como de casación, pues entiende que no constituye una medida de apoyo suficiente para garantizar la protección de su madre. Ello, por dos motivos: tanto por la discapacidad que padece Dña. Clara como por no contener medidas voluntarias de control y salvaguarda, ni resultar aplicables las de carácter legal. En consecuencia, plantea la necesidad de establecer judicialmente una curatela como medida de apoyo de su madre.

El Tribunal Supremo rechaza ambas alegaciones. En el caso de la primera, considera que “la sentencia recurrida ha constatado que la necesidad de apoyos que requiere Dña. Clara está cubierta eficazmente en las relaciones con terceros por el ejercicio del poder otorgado por la madre a favor de sus hijos D. Mario y Dña. Tatiana, tanto en el ámbito patrimonial como en la esfera personal y de

⁹ Aunque cabe señalar que, como ha puesto de manifiesto algún autor, en este punto hubiera resultado más adecuado que en vez de hablar de defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate se hablara de defecto o insuficiencia de medidas preventivas establecidas por el interesado (vid. MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, p. 203).

salud. También ha constatado que D. Mario, que vive con la madre, se encarga de prepararle la medicación, de acompañarla al médico y de cuidarla, y ha valorado que los apoyos se están prestando de manera adecuada y suficiente de conformidad con los deseos de la madre". Al respecto, la propia interesada había explicado durante la entrevista judicial que le fue practicada en segunda instancia que "vivía con su hijo D. Mario en su casa (...) y que era él quien encargaba de prepararle la medicación y llevarle a las consultas médicas. Valoró muy positivamente el cuidado y apoyo que le viene prestando su hijo, hasta el punto de señalar que D. Mario era como su padre y que le había 'adoptado', aludiendo también a la ayuda que le había procurado en la época en la que dijo haberse encontrado muy deprimida, pero que consideraba superada" y "reconoció haber delegado en su hijo D. Mario las cuestiones relacionadas con su administración valorando también de forma positiva su gestión; relatando que su hijo le daba cuentas y aseguró también que éste no haría nada que fuera contrario a sus deseos; expresó que confiaba plenamente en él". Y es que, como se puso ya de manifiesto en las SSTs 21 diciembre 2022 (RJ\2023\356) y 24 septiembre 2024 (JUR\2024\371236), "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".

El segundo argumento en el que se basaba D. Agapito para alegar la insuficiencia del poder otorgado por Dña. Clara es que este no establecía las medidas u órganos de control oportunos y las salvaguardas para evitar, abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, lo que estimaba necesario ante la que consideraba una irregular gestión y disposición de los bienes de su madre por parte de su hermano D. Mario.

Lo primero que ha de señalarse es que el poder otorgado por Dña. Clara, pese a haber sido adoptado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, está sujeto al régimen jurídico establecido por la mencionada norma, tal y como se establece expresamente en su Disposición transitoria tercera. Y, aunque la regulación específica de los poderes y mandatos preventivos no contempla expresamente ningún mecanismo de control¹⁰, la propia norma prevé que, cuando el poder comprenda todos los negocios del otorgante (lo que sucede en el presente caso, pues ya hemos visto que el poder otorgado por Dña. Clara es de alcance general), el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder.

10 Y si atendemos al régimen general del mandato, observamos que la única forma de control prevista es la obligación del mandatario de rendir cuentas de su actuación ante el mandante (art. 1720 CC). Pero en el supuesto que nos ocupa, por hipótesis, el mandante no podrá ejercer adecuadamente el control sobre la actuación del mandatario, debido a la pérdida de la capacidad, por lo que en la práctica este mecanismo de control difícilmente resultará efectivo.

El problema es que la remisión a las reglas de la curatela no termina de resultar precisa, porque la norma no especifica si se está refiriendo a la curatela representativa, a la asistencial o a ambas. Y la cuestión no es baladí, pues de ella dependerá que se apliquen a los poderes y mandatos preventivos algunas previsiones que el Código Civil prevé específicamente para la curatela representativa, entre las que se incluyen los mecanismos legales de control que se contemplan en los arts. 285 y 287 CC, como la obligación de hacer inventario y la necesidad de contar con autorización judicial para llevar a cabo determinados actos. Al respecto, dada la similitud que tienen la curatela representativa y los poderes de carácter general, tanto en su alcance como en la intensidad de las funciones que comprenden, parece que lo más razonable es que ambos queden sujetos al mismo régimen y que, por tanto, se extiendan a los poderes preventivos las previsiones relativas a la curatela representativa¹¹, salvo que el poderdante hubiera dispuesto otra cosa.

Ahora bien, la propia norma prevé que, si se trata de un poder o mandato otorgado antes de la promulgación de la nueva ley, como ocurre en el presente caso, no le resultarán aplicables las previsiones que se recogen actualmente en los arts. 284 a 290 del Código Civil (párrafo segundo de la Disposición transitoria tercera), que precisamente tienen por objeto el establecimiento de medidas de control sobre la actuación del curador. En otras palabras, los mecanismos de control y salvaguarda que la ley prevé para la curatela solo se aplican a los poderes y mandatos preventivos otorgados a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, por lo que aquellos que hayan sido otorgados con anterioridad carecerán de mecanismos legales de control.

Esta imposibilidad de aplicar al poder preventivo otorgado por Dña. Clara los mecanismos de control y salvaguarda propios de la curatela, unida a la ausencia de medidas voluntarias de control y salvaguarda contenidas en el propio poder, es lo que lleva a D. Agapito a sostener su carácter insuficiente como medida de apoyo para garantizar la adecuada protección de Dña. Clara. Alegaciones que son rechazadas por el Tribunal Supremo por dos motivos:

En primer lugar, el Alto Tribunal recuerda que la regla prevista en el art. 259 CC tiene carácter dispositivo, por lo que el poderdante puede excluir su aplicación, pues, como termina diciendo el mencionado precepto, la sujeción del poder a las reglas aplicables a la curatela para lo no previsto por el poderdante es “(...) salvo que el poderdante haya determinado otra cosa”, y sin que ello provoque que el poder haya de tildarse *ipso iure* como insuficiente para la protección de la persona con discapacidad. A ello hay que añadir que la regulación actual de los poderes y

¹¹ Vid. en el mismo sentido: ALÍJA ROBLES, A.: “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2020. LA LEY 2232/2020, p. 10.

mandatos preventivos no exige ineludiblemente el establecimiento de medidas u órganos de control oportunos y de salvaguardas para evitar, abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, dado que el art. 258 CC, en el que D. Agapito hace descansar sus pretensiones, tiene un carácter eminentemente dispositivo, como queda patente ya desde el inicio de su tenor: “el poderdante podrá establecer (...)”.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo niega que la falta de mecanismos de control y salvaguarda de carácter legal o voluntario suponga que el poder no garantice suficientemente la protección de la persona con discapacidad, pues considera que siempre es posible establecer los controles judiciales que resultan de lo dispuesto en el último párrafo del art. 258 CC y en el art. 1732.5 CC y las salvaguardas que el art. 249 CC faculta al juez para adoptar cuando lo considere necesario a fin de asegurar el adecuado ejercicio de las medidas de apoyo. Y es que, pese a la amplitud con la que se permite al poderdante configurar el contenido del poder y evitar la aplicación supletoria del régimen de la curatela, entiende el Tribunal Supremo que lo que no puede excluir en ningún caso el poderdante es el establecimiento por parte del juez de los controles o salvaguardas que considere oportunos, de la misma manera que tampoco podría evitar la adopción de medidas cautelares (art. 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en adelante: LEC-) ni evitar que se exija responsabilidad y rendición de cuentas al apoderado tras la extinción del poder (art. 1720 CC). No solo porque estos preceptos no permiten excluir el control judicial, sino porque ello sería contrario a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, cuyo art. 12.4 impone a los Estados parte el deber de asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial¹². Y ello sin perjuicio de que, en el caso concreto, los tribunales juzgadores no hayan considerado necesario establecer ningún tipo de control o salvaguarda judicial, lo que, como señala el Tribunal Supremo, no excluye que puedan establecerse posteriormente, si en algún momento se aprecian riesgos concretos que justifiquen su adopción.

En virtud de todo lo expuesto, y dado que el Tribunal Supremo considera medida de apoyo suficiente el poder preventivo otorgado por Dña. Clara, concluye que no procede la constitución judicial de la curatela.

III. PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO.

¹² De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 se refiere en su punto I a la necesidad de que las medidas de apoyo establecidas “estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

Otra de las alegaciones de D. Agapito es que el poder no constaba inscrito en el Registro Civil, pues, al parecer, el notario no le comunicó su otorgamiento, con incumplimiento de las obligaciones que le imponen los arts. 255.4 y 260.2 del Código civil, por lo que entiende que carecía de validez y que, en consecuencia, Dña. Clara no contaba realmente con una medida de apoyo voluntaria.

El recurrente alegaba que, dada la trascendencia de los apoyos no judiciales, procede considerar que la inscripción de los poderes preventivos, para los que la ley exige escritura pública e inscripción, debe ser constitutiva, de modo que el poder otorgado no surtiría efectos hasta que se lleve a cabo la inscripción. Argumentaba que el art. 18 de la Ley del Registro Civil (en adelante: LRC) permite inscripciones constitutivas para algunos actos frente a la regla general de la eficacia de la publicidad de la inscripción, lo que estaría justificado en este supuesto por razones de seguridad jurídica.

Al respecto, hay que comenzar señalando que la normativa reguladora del Registro Civil prevé expresamente el carácter inscribible de las medidas de apoyo adoptadas voluntariamente en previsión de una eventual situación de discapacidad futura. En este sentido, el art. 4.10 LRC dispone que son inscribibles en el Registro Civil 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 (décimo párrafo). También el art. 77 LRC señala 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 bienes¹³.

Y no solo es que puedan acceder al Registro Civil, sino que además la inscripción resulta obligatoria, pues así lo prevé el art. 300 CC, que señala que los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil. Y para hacerlo efectivo, el Código Civil dispone en su art. 255.4 que el notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo adoptadas voluntariamente por el interesado al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante (*vid.* en el mismo sentido el art. 260.2 CC, referido de forma específica a los poderes y mandatos preventivos).

De hecho, el TS no niega la existencia de una obligación de inscribir los poderes preventivos. Ahora bien, considera que el deber del notario de comunicar hechos inscribibles, que en este caso parece haberse incumplido, no significa que

13 Además, el art. 11.i) LRC incluye entre los derechos de las personas ante el Registro Civil el de promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, las personas mayores y otras personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos, como ocurre en el caso de las personas provistas de medidas de apoyo.

la inscripción sea constitutiva, tal y como se viene señalando también desde la doctrina¹⁴. Y es que, el art. 18 LRC declara expresamente que la inscripción en el Registro Civil solo tendrá eficacia constitutiva en los casos previstos por la ley (así, en los supuestos de los arts. 23 y 26 CC, o de los arts. 57.2, 68, 91.2 LRC), lo que no sucede para los poderes preventivos.

Prosigue afirmando el Tribunal Supremo que el principal efecto de la inscripción es dar publicidad de las medidas preventivas que haya establecido el interesado, de modo que el juez pueda conocerlas cuando se le solicita una medida judicial y valorar si, pese a ellas, procede que establezca el apoyo judicial (art. 758 LEC). No en vano, el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 pone de relieve como “el Registro Civil se convierte en una pieza central, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”. Y para asegurar que la autoridad judicial tenga conocimiento de las medidas preventivas adoptadas por el interesado, el art. 758.I LEC prevé que, una vez admitida la demanda por la que se inste la iniciación del proceso de provisión de apoyos, el letrado de la administración de justicia recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas (*vid.* también: punto V de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021). No obstante, parece que nada impide que el juez pueda tener conocimiento de su existencia a través de otros cauces, como ocurre en el presente caso.

Además, la publicidad que se deriva de la inscripción de los poderes preventivos en el Registro Civil tiene otros dos importantes efectos:

En primer lugar, permite hacer efectivo, frente a todos, el principio de cosa juzgada. En este sentido, el art. 222.3 LEC señala que, en las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad y medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Junto a ello, la inscripción en el Registro Civil de las medidas de apoyo facilita que los terceros que se relacionen con la persona con discapacidad puedan tener conocimiento de las mismas y permite que resulten oponibles frente a ellos (art. 73 LRC). Ahora bien, dicha afirmación ha de ser inmediatamente matizada, pues la realidad es que los terceros no siempre van a poder tener acceso a la publicidad del Registro. Y es que, con el fin de garantizar el derecho a la privacidad de las personas que padecen algún tipo de discapacidad al que se refiere el art. 22 de la Convención de Nueva York de 2006, se ha previsto que las medidas de apoyo

14 *Vid.* GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *cit.*, p. 49.

sean objeto de publicidad restringida (*vid.* punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021: “el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, han llevado a considerar que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida”).

A este respecto, el art. 83.I b) LRC incluye entre los datos objeto de publicidad restringida la discapacidad y las medidas de apoyo, lo que a mi modo de ver quizá resulte excesivo. Téngase en cuenta que, el hecho de que la publicidad tenga un carácter restringido, supone que únicamente el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador podrán acceder o autorizar a terceras personas para que accedan a la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos (art. 84.I LRC). Por tanto, los terceros que pretendan contratar con la persona con discapacidad van a tener muy complicado poder conocer si existen o no medidas de apoyo y el contenido de estas, pues no será habitual que el afectado por una discapacidad o quien haya sido nombrado apoderado o curador le den acceso al Registro Civil para que pueda consultar la publicidad acerca de las medidas de apoyo vigentes. De hecho, en muchos supuestos el tercero ni siquiera conocerá de la existencia de un apoderado o de un curador al que pedir autorización para consultar la información del Registro Civil.

Aunque tiene sentido que la publicidad sobre la situación de discapacidad u otros aspectos relativos a la salud tenga carácter restringido, pues efectivamente, ello parece necesario para garantizar el derecho a la privacidad de las personas que padecen algún tipo de discapacidad; no me parece que sea necesario extenderlo a las medidas de apoyo. Y es que, no creo que el derecho a la privacidad se vea afectado por la posibilidad de que aquellos terceros que tengan un interés legítimo puedan acceder a la publicidad relativa a las medidas de apoyo. De hecho, considero que el derecho a la privacidad quedaría garantizado si la propia norma estableciera que, cuando se trate de la inscripción de medidas de apoyo, el asiento correspondiente no expresara todas las circunstancias contenidas en la resolución judicial o la escritura por la que se establecen, sino que se limitara a incluir la existencia y el contenido de dichas medidas, tal y como prevé el art. 222 *bis* 2 de la Ley Hipotecaria para la publicidad de las medidas de apoyo en el Registro de la Propiedad.

A mayor abundamiento, dudo que beneficie en nada a la persona con discapacidad impedir que los terceros puedan consultar la información disponible acerca de las medidas de apoyo con las que cuenta; es más, considero que

podría llegar a perjudicarlo¹⁵, ya que puede desincentivar a los terceros a entablar cualquier tipo de relación jurídica con una persona respecto de la que tengan la más mínima sospecha de que pueda padecer una discapacidad¹⁶, pues, ante la imposibilidad de acceder al Registro Civil para conocer si existen o no medidas de apoyo, es probable que prefieran no arriesgarse a que el contrato pueda terminar siendo anulado. Téngase en cuenta que el art. 1302.3 CC prevé que los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen, o por sus herederos¹⁷.

Por todo lo anterior, creo que sería mejor que fuera el encargado del Registro quien decidiera en cada caso si existe o no un interés legítimo del tercero que pretenda acceder a él, y, con base en ello, admitiera o denegara el acceso.

IV. REQUISITOS DE CAPACIDAD PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO.

Otro de los argumentos esgrimidos por D. Agapito tanto en primera como en segunda instancia para negar la validez del poder es que, en el momento de su otorgamiento, Dña. Clara tenía su capacidad afectada por la enfermedad degenerativa que padecía. Aunque esta alegación no se reiteró en el recurso de casación (por lo que el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre ella), resulta oportuno dedicarle unas líneas, dado que sí fue planteada en las instancias anteriores.

El único requisito de capacidad para el otorgamiento de poderes y mandatos preventivos que contempla el Código civil es que la persona sea mayor de edad o haya accedido al estado de la emancipación (art. 255.1)¹⁸. A lo creo que habría

15 En términos semejantes se pronunció DOMÍNGUEZ LUELMO en la conferencia impartida en el Congreso “El Código Civil tras la reforma en materia de capacidad jurídica” celebrado los pasados días 24 y 25 de marzo de 2021 (vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Publicidad de las medidas en el Registro civil y el Registro de la Propiedad”, Universidad de Zaragoza, 2021).

16 Y cuando los terceros entablen relaciones jurídicas con quien asuma la función de apoderado, la imposibilidad de acceder a la publicidad del Registro Civil también puede provocar situaciones no deseadas. No niego que en estos casos la publicidad del Registro podría sustituirse por la exhibición por parte del apoderado de la escritura por la que se otorga poder a su favor, pero entonces podría quedar comprometida la seguridad jurídica de la propia persona con discapacidad, especialmente en aquellos casos en los que el poder se hubiera extinguido. Y es que, si dicha extinción constara oportunamente en el Registro Civil, se evitaría la aplicación de la regla prevista en el art. 1738 CC, que señala que lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

17 También puede anularse por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, pero para ello es necesario que el tercero fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación (algo que, por hipótesis, no ocurriría en este caso) o que se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

18 Ahora bien, el art. 254 CC contempla un supuesto específico en el que las medidas de apoyo pueden ser establecidas por todo aquel que haya cumplido dieciséis años, aunque no haya accedido al estado civil de

que puntualizar que el menor emancipado únicamente podrá incluir en el poder aquellos actos que la emancipación le habilita a realizar¹⁹. Es decir, salvo que cuente con la asistencia de sus padres²⁰ o, en su defecto, del defensor judicial, no sería admisible que el poder incluyera aquellos actos que, en virtud de lo dispuesto en el art. 247.I CC, no puede llevar a cabo por sí solo: tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

Respecto a las personas que padecen algún tipo de discapacidad, que es la cuestión que aquí nos interesa, en defecto de previsión legal expresa, considero que para determinar si pueden otorgar o no poderes y mandatos preventivos hay que atender a los actos concretos que se incluyan en los mismos. Así, creo que no existe inconveniente en que otorguen un poder que comprenda aquellos actos para los que conservan la capacidad natural para llevarlos a cabo por sí mismas. En cuanto al resto de actos, entiendo que habría que distinguir dos supuestos: el de aquellas personas que cuentan con medidas de apoyo (ya sean judiciales, voluntarias o de carácter fáctico) y el de aquellas otras que carecen de las mismas.

Cuando la persona carezca de medidas de apoyo que puedan complementar su capacidad, hay que entender que estará impedida para otorgar poderes y mandatos preventivos que incluyan actos que no esté facultada para llevar a cabo por sí misma²¹. Y en el caso de las personas provistas de medidas de apoyo, la doctrina mayoritaria parece considerar que resulta posible el otorgamiento de poderes y mandatos preventivos, siempre que cuente para ello con las medidas de apoyo que se hayan establecido a tal efecto²² (ej. con la asistencia de un guardador de hecho, un curador o un defensor judicial). Aunque creo que estos casos el notario autorizante habrá de ser especialmente cauteloso para evitar posibles captaciones de voluntad por parte de la persona que ha de prestar los apoyos.

En el supuesto que nos ocupa, parece que Dña. Clara otorgó el poder sin contar con ningún tipo de apoyo, por lo que, de acuerdo con lo que acabo de exponer, este solo puede considerarse válido si Dña. Clara disponía en ese

la emancipación (u obtenido el beneficio de la mayoría de edad): cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

19 Vid. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: "El apoderamiento o mandato preventivo", cit., p. 20.

20 Vid. en el mismo sentido: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Incapacitación y mandato*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 238.

21 Vid. PEREÑA VICENTE, M.: "El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. MUNAR BERNAT), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 230.

22 Vid. GARCÍA RUBIO, M.P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 58, 2018, p. 176; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: "El apoderamiento o mandato preventivo", cit., p. 20; y PEREÑA VICENTE, M.: "El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", cit., p. 229.

momento de capacidad natural suficiente, circunstancia que ya fue valorada por el propio notario, en sentido afirmativo, en el momento del otorgamiento. De hecho, el juicio de capacidad que ha de llevar a cabo el notario es una de las principales razones en las que se justifica la exigencia de escritura pública para el otorgamiento de este tipo de actos²³.

D. Agapito trató de desvirtuar el juicio de capacidad que realizó el notario mediante la aportación de diversa prueba documental: un dictamen del Instituto de Medina Legal elaborado apenas cuatro meses después del otorgamiento del poder, la resolución por la que se reconoció a la demandada una discapacidad física psíquica-sensorial del 81% y otros informes médicos y socio sanitarios.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó que Dña. Clara careciera de capacidad natural suficiente para el otorgamiento del poder, para lo que tuvo en cuenta el juicio de capacidad que realizó el notario al autorizar la escritura de poder, las conclusiones del informe médico forense, que señalaba que Dña. Clara podía expresar sus preferencias o deseos de forma libre, así como el hecho de que ya hubiera otorgado anteriormente, en escritura de 15 de mayo de 2018, un poder general en favor de su hijo D. Mario. Poder que ya hemos visto que se enteró casualmente por una gestión en la notaría que no podría subsistir en caso de incapacitación (ahora sustituida por la necesidad de apoyo), y que, por ello, decidió renovar.

Dichos argumentos fueron reiterados por la Audiencia Provincial en fase de apelación, señalando en su Sentencia que el poder otorgado por Dña. Clara “se tuvo que renovar en fechas más recientes, debiéndose destacar especialmente la forma en que explicó la inclusión en este último poder de la cláusula de subsistencia pues, cuando fue preguntada si la diferencia entre el primer poder y el segundo estribaba en que se había introducido alguna cláusula especial en el segundo, Dña. Clara, adelantándose a la pregunta que se le formulaba, manifestó haberse incluido la indicación de que el poder se mantendría ‘en el caso de que perdiera su control’, mostrándose conforme también con que se mantuviera así porque ‘había ido estupendamente’”.

Además, a la vista de la prueba practicada, la Audiencia Provincial señaló que “Dña. Clara padece un deterioro cognitivo leve, en relación con proceso neurodegenerativo vascular, diagnosticada de Enfermedad de Alzheimer, con afectación de sus capacidades intelectual y volitiva que, de momento, le permite

23 Junto a otras, como garantizar que el otorgante haya recibido información suficiente acerca de la trascendencia que tiene otorgar poderes en favor de otra persona, así como la certeza del otorgamiento del poder y que su contenido se corresponda con la voluntad real del otorgante, facilitando a su vez su conocimiento por parte de terceros (arts. 145.1, 147.1 y 156.8 del Reglamento Notarial), incluido el propio juez.

expresar su voluntad, deseos y preferencias de forma libre. Valoración pronóstica: se trata de un proceso evolutivo crónico, en el que se van perdiendo habilidades progresivamente a lo largo del tiempo. Estas conclusiones del informe médico forense han podido ser corroborados por la Sala en la entrevista realizada a la Sra. Clara”.

En cuanto a la resolución aportada por el recurrente por la que se reconoció a la demandada una discapacidad física psíquica-sensorial del 81%, entiende la Audiencia Provincial que dicho grado de discapacidad, que se reconoce en el ámbito administrativo y que abarca no solo la esfera psíquica sino también la sensorial y física, no puede desvirtuar lo que fue apreciado por la Sala en la entrevista judicial y las conclusiones de los informes periciales.

Y añade que, para la elaboración del informe en primer instancia, la forense contó con amplia documentación médica anterior y posterior al reconocimiento de la discapacidad, como el historial en atención primaria desde el año 2007, el informe del servicio de neurología en donde se reflejaban antecedentes del año 2019, así como el informe emitido en el año 2021 por el técnico de la Asociación de Alzheimer de Canarias, de cuyo centro era usuaria D.ª Clara desde el año 2019, indicándose en el mismo que presentaba un deterioro cognitivo muy leve. A todo lo anterior se añade el informe de Servicio de Psiquiatría de fecha 20 de diciembre de 2021, cuyo contenido se tuvo en cuenta al emitir el informe en la segunda instancia en el que se refleja que “en el momento actual no se observa afectación cognitiva más allá de lo esperable por la edad de la paciente”.

Como anticipaba, el TS no entra a valorar la capacidad de Dña. Clara en el momento del otorgamiento del poder, por no haber sido objeto del recurso de casación.

BIBLIOGRAFÍA

ALÍA ROBLES, A.: "Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 2, 2020. LA LEY 2232/2020.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Incapacitación y mandato*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Publicidad de las medidas en el Registro civil y el Registro de la Propiedad", *Conferencia pronunciada en el Congreso "El Código Civil tras la reforma en materia de capacidad jurídica" celebrado los días 24 y 25 de marzo de 2021 y organizado en el marco de las actividades del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos" (IIPP M.^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofía de Salas Murillo)*, Universidad de Zaragoza, 2021.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.:

- "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 58, 2018.
- "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018.

MARTÍNEZ CALVO, J.: *Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: "El apoderamiento o mandato preventivo", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 10, 2009.

PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018.

PEREÑA VICENTE, M.: "El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la*

discapacidad: El Derecho en el umbral de la política (dir. por P.A. MUNAR BERNAT), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

EL DERECHO A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN
MATERNA DE LA GESTANTE. COMENTARIO A LA
SENTENCIA NÚM. 496/2025, DE 25 DE MARZO, DEL
TRIBUNAL SUPREMO (ROJ 1262/2025)

*THE RIGHT TO DETERMINE THE MATERNAL FILIATION OF
THE GESTATIONAL MOTHER. COMMENTARY ON THE SPANISH
SUPREME COURT JUDGMENT NUMBER 496/2025, FROM THE
25TH OF MARCH, DEL TRIBUNAL SUPREMO (ROJ 1262/2025)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 742-767

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El interés del menor no puede identificarse con el automático reconocimiento de la filiación en favor de los padres de intención y excluyendo a la madre gestante sin examinar las circunstancias del caso concreto. Los jueces no pueden crear una regla general de atribución de la filiación contraria a la establecida por el legislador. Privar al hijo nacido -de un contrato nulo maternidad subrogada- de su filiación materna atenta directamente a su interés superior como menores, a conocer sus orígenes, a ser cuidadas por sus progenitores y a sus derechos sucesorios.

PALABRAS CLAVE: Filiación; menor; gestación subrogada; gestación por sustitución; maternidad gestante; dignidad; orden público.

ABSTRACT: *The child's best interest cannot be equated with the automatic recognition of parentage in favor of the intended parents, excluding the surrogate mother, without examining the circumstances of the specific case. Judges cannot create a general rule for attributing parentage, contrary to that established by the legislator. Depriving a child born -through a void surrogacy contract- of their maternal parentage directly undermines their best interests as minors, their right to know their origins, their right to be cared for by their parents, and their inheritance rights.*

KEY WORDS: *Filiation; child; surrogacy gestation; surrogate motherhood; gestational mother; pregnant mother; dignity; public order.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. COMENTARIO: I. LA MATERNIDAD GESTANTE Y EL NEOLENGUAJE.- II. LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL.- 1. Prohibición legal y lesión de la dignidad humana.- 2. El rechazo del Tribunal Supremo a la cosificación y mercantilización del hijo.- 3. La reticente posición de la DGFPJ.- III. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR Y MÁS VULNERABLE DEL MENOR.- 1. El interés superior del menor no puede confundirse con el interés del padre comitente.- 2. El interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite.- 3. El interés del menor no puede identificarse únicamente con el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo.- IV. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN.- 1. La regla *mater semper certa est*.- 2. La impugnación de la filiación materna.- 3. El reconocimiento de la filiación materna protege el interés superior del hijo.- V. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia núm. 496/2025, de 25 de marzo¹, del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación respecto de la sentencia 431/2023, de 28 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de filiación núm. 539/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid, sobre impugnación de filiación materna de menores nacidos de gestación por sustitución.

En primera instancia, el demandante interpuso demanda de impugnación de maternidad, retirada de apellido materno y subsidiaria demanda de retirada de la patria potestad sobre dos menores, contra la gestante, en la que solicitaba se dictara sentencia en la que se acordaran sus peticiones por no ser ésta la madre de las menores. Ello era consecuencia de que el padre demandante, ciudadano español, el 1 de noviembre de 2015 celebró con la gestante demandada, un contrato de gestación subrogada en el Estado de Tabasco (México), ratificado ante notario público el día 18 de noviembre de 2015, por el que, haciendo uso de técnicas de reproducción asistida, la gestante se comprometía a participar en un procedimiento de gestación por sustitución, como madre gestante, sin aportación de material genético. En el clausulado de dicho contrato, la gestante consentía en el reconocimiento de que el embrión o embriones transferidos no le pertenecían al no haber aportado material genético y, por consiguiente, no era la madre legal, jurídica o biológica del bebé o bebés que pudieran nacer como consecuencia de dicho proceso, así como la expresa renuncia a la patria potestad y al ejercicio de la guarda y custodia sobre los nacidos, la cual correspondería en exclusiva al padre. La

¹ STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

• **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.

gestante dio a luz a dos menores en la ciudad de Villahermosa (Tabasco, México) y su nacimiento fue inscrito en el Registro Civil de Tabasco con los dos apellidos del padre, único progenitor que aparecía en las inscripciones de nacimiento de las niñas.

Posteriormente, el padre acudió al Consulado Español en México para que se practicara la inscripción del nacimiento de las menores en los términos en que había sido realizada por las autoridades mejicanas, lo que fue denegado. Finalmente, el padre acudió con la madre gestante al Registro Civil Consular para solicitar conjuntamente la inscripción del nacimiento de las menores, lo que se realizó figurando como padre el ciudadano español que contrató la gestación por sustitución y como madre la mujer que suscribió ese contrato y dio a luz a las niñas, haciéndose constar como apellidos de las niñas el primer apellido paterno y el primer apellido materno. A su regreso a España, el padre presentó una demanda en la que ejercitó la acción de impugnación de la filiación materna no matrimonial, en la que solicitó que se declarara que la mujer que dio a luz no es la madre de las menores y se retirara el apellido de la madre gestante a las dos menores y fuera sustituido por el segundo apellido paterno.

La Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid, dictó sentencia 116/2019, de 30 de abril, que desestimó la demanda, sin imposición de costas "porque (al margen de la más que dudosa legitimación del actor para ejercitar la acción de impugnación de la filiación materna), siendo cuestión no discutida que el nacimiento de las menores tuvo lugar a través de un procedimiento de gestación subrogada o por sustitución a través de técnicas de reproducción humana asistida, la norma a tener en cuenta es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual establece (artículo 7) que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos".

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación tanto por el demandante como por la demandada con el fin de que fuera estimada la acción de impugnación de la filiación materna; recursos a los que se opuso el Ministerio Fiscal.

La resolución del recurso correspondió a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó la sentencia 431/2023, de 28 de abril, en cuyo fallo dispone: "Que debemos estimar y estimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Marcos (parte actora) y de doña Marta (parte demandada), contra la sentencia 30 de abril de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid en el procedimiento de impugnación de filiación registrado bajo el nº 539/2017 y, en consecuencia, revocamos la referida

resolución y acordamos la impugnación de la filiación materna de doña Marta respecto de las menores Piedad y Remedios nacidas el NUM000 de 2016, dejando sin efecto el asiento registral practicado en el Registro Civil Español. Se declara judicialmente que las menores son hijas de don Marcos y quedarán inscritas en el Registro Civil Central con los apellidos del padre que constan en la certificación del Registro Civil de Tabasco”.

Interpuesto recurso de casación contra esta sentencia por el Ministerio Fiscal, fue admitido y se procedió a la votación y fallo casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La controversia en casación versa sobre una solicitud de impugnación de maternidad, retirada de apellido materno y subsidiaria demanda de retirada de la patria potestad sobre dos menores nacidas de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el Estado de Tabasco (México). En un primer momento, el nacimiento de las menores fue inscrito en el Registro Civil de Tabasco con los dos apellidos del padre. Posteriormente, el padre de las menores acudió al Consulado Español en México para que se practicara la inscripción del nacimiento de éstas en los términos en que había sido realizada por las autoridades mexicanas, lo que le fue denegado, al no constar acreditada la imposibilidad de asentar el nombre de la madre gestante. Así las cosas, el padre comitente acudió con la gestante al Registro Civil Consular con el fin de solicitar conjuntamente la inscripción del nacimiento de las menores, lo que se realizó figurando como padre el padre comitente y como madre, la gestante. No obstante, cuando el comitente regresó a España, presentó una demanda en ejercicio de la acción de impugnación de la filiación materna no matrimonial en la que solicitó que se dictase sentencia que declarase que la gestante no era la madre de las menores y, consecuentemente, les fuera retirado a éstas el apellido de la gestante, siendo sustituido por el segundo apellido paterno. Subsidiariamente, solicitó que se privase a la gestante de la patria potestad sobre las menores, con base en el art. 170 del Código Civil.

Planteado recurso de casación contra la SAP Madrid 431/2023, de 28 de abril, el Tribunal Supremo estimó el recurso basándose en que ya se habían resuelto con anterioridad varios recursos en los que se planteaban cuestiones relacionadas con la determinación de la filiación cuando el niño había nacido como consecuencia de una gestación subrogada o por sustitución. En anteriores sentencias (SSTS 6 febrero 2013², 31 marzo 2022³, y 4 diciembre 2024⁴), el Tribunal Supremo

2 STS 6 febrero 2013 (Tol 4100882).

3 STS 31 marzo 2022 (Tol 8898029).

4 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

declaró que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era manifiestamente contraria al orden público español; que esta contrariedad manifiesta deriva no solamente de que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA) establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos sino también de que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto. Deriva, asimismo, de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. En los litigios que dieron lugar a las citadas sentencias se pretendía que por distintas vías (impugnación de la denegación al progenitor de intención de la inscripción de la filiación en el Registro Civil Consular con base en una inscripción registral extranjera, reconocimiento de filiación materna a la progenitora de intención por posesión de estado, exequatur de sentencia extranjera que atribuía la relación de filiación a los progenitores de intención), se reconociera una filiación al progenitor de intención que era contraria a las normas nacionales que regulan la filiación en los casos de gestación subrogada, fundamentalmente, del art. 10. 2 y 3 LTRHA.

No obstante, la pretensión formulada en este litigio es diferente a la ejercitada en esos litigios anteriores. Contrariamente, no se pretende el reconocimiento del acto de una autoridad registral extranjera para permitir la inscripción de la filiación en España, puesto que la inscripción en el Registro Civil español ya está realizada. Tampoco se solicita el exequatur de una sentencia extranjera, respecto de lo que ya se pronunció el Tribunal Supremo en la STS 4 diciembre 2024⁵; ni el reconocimiento de una filiación no reconocida hasta este momento en el Registro Civil español. Lo que pretende el demandante y padre comitente, es que se deje sin efecto la filiación materna que ha sido fijada en el Registro Civil español de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 LTRHA. Sin embargo, se estima el recurso -entre otros motivos- porque la SAP Madrid 431/2023 de 28 de abril, es contraria a dicha legislación y a la jurisprudencia que la interpreta. Es contraria porque atiende al hecho de que la madre gestante no aportó sus óvulos para la gestación, dato que es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación materna no adoptiva se fija por el parto (con la matización de lo previsto en el art. 7.3 de la citada Ley 14/2006, de 26 de mayo), sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo. Es contraria al vulnerar lo establecido en los arts. 131 *in fine* (porque se contradice la legalmente determinada) y 139 CC (porque no ha habido suposición de parto ni error en la identidad del hijo).

A su vez, la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus

5 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes -como se evidencia en la SAP Madrid que se casa-, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución⁶.

COMENTARIO

I. LA MATERNIDAD GESTANTE Y EL NEOLENGUAJE.

La sentencia comentada enjuicia una curiosa petición: que se declare que la gestante no es la madre de las menores y, consecuentemente, que les sea retirado a éstas el apellido de dicha gestante, siendo sustituido por el segundo apellido paterno; y subsidiariamente, que se le prive a la madre gestante de la patria potestad sobre las menores, con base en el art. 170 del Código Civil. Y no con el fin de reclamar la atribución de la filiación materna en favor de una tercera persona sino tan sólo con la intención y finalidad de impugnar dicha filiación y privar a las menores nacidas del contrato de gestación, de la filiación materna, del derecho a los apellidos, del referente de una madre y del conocimiento de sus orígenes.

No sorprende la petición. Tras más de 30 años desde la aprobación en España de la primera ley en materia de reproducción humana asistida -Ley 35/1988, de 22 de noviembre-, resultan recurrentes los mismos retos y desafíos en relación con la gestación por sustitución, gestación subrogada, la maternidad subrogada, vientre o madre de alquiler...o como demos en llamarla⁷. Retos y desafíos no sólo jurídicos sino también éticos y lingüísticos. Y es que renombrar la cosas, utilizar eufemismos, es la forma para disfrazar las realidades que no se ajustan a los valores respetuosos con la dignidad y derechos de las personas. Derechos de las madres gestantes y derechos de los hijos gestados.

Por ello, aun cuando la expresión legal utilizada para esta práctica por el art. 10 LTRHA es la de "gestación por sustitución" y la de los tribunales suele ser la de "gestación subrogada", ninguna de ellas expresa la realidad de esta praxis. Al efecto, reproduzco las palabras del Comité de Bioética de España en relación con esta cuestión⁸:

6 Todo ello de acuerdo con la STS (Pleno), 6 febrero 2014 (*Tol 4100882*).

7 Algún sector doctrinal prefiere no utilizar el término "maternidad" porque se trata de un concepto que va más allá del supuesto de hecho al que se alude y cuya virtud es la de unificar indisolublemente las dimensiones corporal y psicológica presentes en todo embarazo y puerperio, como BATALLER I RUIZ, E.: "Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 777-789, p. 779.

8 INFORME COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, de 19 de mayo de 2017, pp. 9-10 [versión electrónica]. Disponible: <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/>.

“Dependiendo del aspecto que se quiera destacar y, sobre todo, de la valoración ética que se haga, se recurre a uno u otro término: maternidad subrogada, alquiler de vientres, gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad de alquiler, maternidad por sustitución, etc. Si acogemos las expresiones ‘vientres de alquiler’, ‘maternidad por sustitución’ o incluso ‘gestación subrogada’, comprobamos que no pasan de ser meros eufemismos cuando lo que se pretende es contratar a una mujer para que incube un embrión obtenido por fecundación in vitro. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una ‘madre de alquiler’, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que los comitentes no pueden (o no desean) llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de ‘maternidad por sustitución’ ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante)”.

Lo cierto es que esta práctica no es propiamente maternidad o gestación subrogada ni gestación por sustitución. En todo caso se le debería denominar como *maternidad gestante*⁹ porque en este proceso participan tanto las dimensiones corporal y psicológica presentes en todo embarazo y puerperio de la madre gestante que impiden tratarla como a un mero útero al servicio de los padres de intención (los comitentes): no son trabajadoras o personal laboral al servicio de una empresa de servicios gestacionales¹⁰. Son madres, porque gestan al hijo y desde el primer momento existen procesos biológicos de identificación y cooperación entre el hijo y la gestante¹¹; porque de acuerdo con estudios científicos en la materia, existe también comunicación genética entre la madre gestante y el hijo, aunque ésta no aporte su propio material genético. Así la investigación de la Fundación del Instituto Valenciano de Infertilidad (FIVI) de 2015 de los doctores Vilella y Simón demostró por primera vez en la historia de la genética, la existencia de ‘comunicación’ suficiente entre gestante y embrión para modificar el genoma del futuro bebé. Ello confirma la conocida como ‘hipótesis Barker’ que formuló el epidemiólogo inglés David Barker en 1990, y que afirma que “lo que sucede en el útero materno es más importante que lo que sucede tras el nacimiento”¹². De

9 Así la denomina muy acertadamente CASANOVA MAYORDOMO, G.: “Reflexiones sobre la maternidad subrogada desde la antropología”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M^a. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 55-80, en p. 60.

10 BURGUETE MIGUEL, E. E.: “Valoración de la gestación subrogada desde los principios bioéticos de autonomía y no maleficencia”, en AA. VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M^a. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 103-138, en p. 114, para quien estas mujeres son víctimas de explotación y de una particular forma de violencia de género por parte de las agencias y de los usuarios (padres de intención) que las tratan como “ponedoras” de la nidada.

11 Vid. LÓPEZ MORATALLA, N.: “Comunicación materno-filial en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, col. XX, núm. 3, 2009, p. 304.

12 VILELLA, F. y SIMÓN, C.: “Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome, *Revista Development*, 2015, demuestran por primera vez en la historia de la genética que existe comunicación entre gestante y embrión, dando lugar a modificaciones en el genoma del futuro bebé.

acuerdo con este descubrimiento, la gestante, aún en el caso de que no aporte su propio óvulo y se limite tan sólo a gestar, no es una mera gestante. El hallazgo sostiene que la madre gestante puede variar la información genética del hijo, incluso si el óvulo es de una donante distinta a la gestante como en el supuesto que nos ocupa.

Asimismo, no se debe olvidar que esta práctica no responde, en sentido estricto, a la naturaleza de la subrogación porque subrogarse es asumir la posición jurídica de otro en una relación jurídica, ya sea un contrato, deuda, o cualquier otro tipo de obligación legal. Esto no es un contrato de trabajo; tampoco es legal. Sin embargo, con esta práctica se pretende que una mujer realice la carga -gestar- de la que se derivan unos derechos -filiación y patria potestad- para ser suplantada en la titularidad y el ejercicio de estos derechos por otra persona que no gestó¹³. A su vez, el “objeto” de la relación jurídica es la gestación y, por tanto, la maternidad de un ser humano (vulnerable e indefenso, además) y no una mera relación jurídica (que derivaría de un contrato viciado de nulidad). En ningún caso responde esta práctica a la “sustitución” si sustituir lo entendemos por realizar las funciones de otro. ¿Acaso contemplamos las opciones de esposo sustituto, hijo sustituto, abuela sustituta, nuera sustituta...? entonces, ¿por qué madre sustituta?¹⁴.

II. LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL.

En el ordenamiento jurídico español la gestación subrogada o contrato de sustitución a la que denominaremos *maternidad gestante* -por ser la denominación que mejor se adapta a su realidad-, no sólo está prohibido por la LTRHA sino también por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y que considera tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres¹⁵.

I. Prohibición legal y lesión de la dignidad humana.

La maternidad gestante, prohibida por nuestras leyes, atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio y privados de la dignidad propia del ser humano. A su vez, impide al menor el derecho a conocer su origen biológico; derecho que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de

13 En este mismo sentido, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo”, *Cuadernos de Bioética*, núm. XXVIII, vol. 2, 2017, p. 227.

14 Vid, asimismo, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje”, cit. p. 224.

15 Además, la maternidad subrogada contradice la Agenda 2030 en varios ámbitos, y de forma muy específica la meta 16.2: “Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños” dentro del Objetivo 16 de promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas.

noviembre de 1989. Atenta contra la integridad física de la madre que puede verse sometida a tratamientos hormonales poco saludables para conseguir que quede embarazada. Y atenta, asimismo, a la integridad física y moral del menor, debido a su cosificación y mercantilización y a la falta de control de la idoneidad de los comitentes. La maternidad gestante vulnera, por consiguiente, la dignidad del niño y de la gestante.

Por tanto, el contrato de gestación no puede aceptarse, como señala el Tribunal Supremo¹⁶ apoyándose en el art. 8 del CEDH que no garantiza el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia¹⁷. Y obviamente, no puede aceptarse porque está prohibido en varias leyes españolas¹⁸ y vulnera, asimismo, la Constitución.

2. El rechazo del Tribunal Supremo a la cosificación y mercantilización del hijo.

Ahora bien, lo que parece que no se acepta por algunos ciudadanos, es la ley española y la doctrina jurisprudencial que evidencia los numerosos riesgos a que conduce la maternidad gestante y que menoscaban el interés superior del menor porque hacen peligrar su vida, lesionan su dignidad y la prevalencia de su interés superior¹⁹. La realidad recurrente es que los padres de intención anteponen su deseos y necesidades -deseos comprensibles, por otra parte- a los del niño gestado -lo que ya no es tan comprensible-. Indudablemente, sobre estas cuestiones de difícil solución ética y jurídica, se ha debido pronunciar nuestro Tribunal Supremo en numerosas ocasiones; cuestiones que afectan sin duda a la vida e intereses del hijo en gestación o ya gestado (la controversia siempre se resuelve a hechos consumados). A consecuencia de ello, el Alto Tribunal ha señalado que se deben salvaguardar los derechos fundamentales de quienes son más vulnerables, como los derechos de las madres gestantes y de los niños en general²⁰, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones. En tal sentido, afirma la sentencia STS 4 diciembre 2024²¹ que los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15 CE), y el respeto a su

16 STS 31 marzo 2022 (Tol 8898029), FJ 3-12.

17 STEDH 24 enero 2017, caso Paradiso y Campanelli, apartado 141.

18 Las ya citadas LTRHA y la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

19 Vid. Convención internacional para la abolición de la gestación por sustitución, de 9 de octubre de 2020, arts. 1 y 4 especialmente.

20 STEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 65.

21 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

dignidad (art. 10.I CE), integran el orden público español que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

En la citada STS 4 diciembre 2024²², el Alto Tribunal insiste en que la celebración de un contrato de gestación subrogada en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, con la pretensión de que, por más que esté “validado” por una sentencia extranjera, pueda determinarse una relación paternofilial por su mera celebración, vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los menores nacidos en virtud de este acuerdo de gestación. También de la mujer gestante. Entre otros motivos porque la madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño y renuncia antes del parto -incluso antes de la concepción- a cualquier derecho derivado de su maternidad. Lo que no es admisible -señala la sentencia- es la infracción del art. 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 que exigen que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. Y en el caso enjuiciado por la citada sentencia, el tribunal de Texas, en sentencia dictada antes del parto, ya obligaba a la mujer gestante a entregar inmediatamente el niño a los comitentes, por lo que la madre no podía negarse a esa entrega una vez producido el parto. Y es notorio, -señala la sentencia- y no ha sido desvirtuado en este caso, que en Estados Unidos la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero, de los que parte recibe la madre gestante, por lo que el consentimiento de esta, prestado antes del parto, ha sido obtenido mediante pago o compensación de algún tipo. Es característico de este tipo de prácticas: el libre consentimiento de la madre después del nacimiento es inexistente; el prestado con anterioridad, más que dudoso pues es “forzada” a ello²³.

22 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

23 No es descartable que a algunas mujeres (o niñas) se les obligue a gestar al igual que a otras se les obliga a prostituirse -incluso por sus propias familias en grave estado de necesidad y pobreza extrema-, lo que implica la comisión de delitos contra los derechos humanos y la vinculación de la maternidad subrogada con la trata de seres humanos. Es más, podemos afirmar que esta práctica conlleva, en muchos casos, un proxenetismo del embarazo en el que la gestante se oferta como un producto comercial para la reproducción asemejándose mucho a la publicidad de los criaderos animales y atentando gravemente a su dignidad como persona. Se produce una flagrante reducción de la gestante al papel de incubadora humana desprovista de los caracteres propios de la maternidad que atenta a la dignidad de la mujer gestante y la cosifica al ser reducida a una prestadora de servicios de maternidad. Por ello, esta práctica es rechazada por los organismos intergubernamentales -como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)-. En su informe sobre derechos humanos y democracia en el mundo, de 2014, la Unión Europea ha calificado estas prácticas como contrarias a la dignidad de la mujer. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha rechazado una propuesta de regulación de contratos de gestación por sustitución.

Y respecto del futuro niño, se vulnera su dignidad y derechos porque se le trata como el objeto del contrato -un bien- que la gestante se obliga a entregar al comitente o comitentes. El niño gestado en estas condiciones es utilizado como objeto de intercambio mercantil, es cosificado pese al 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 que define como venta de niños, “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”. Por ello, la Comisión de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha advertido a algunos de los países en los que se llevan a cabo estas prácticas sobre la necesidad de establecer garantías que eviten el tráfico con niños²⁴.

La realidad es que el contrato de gestación tiene la finalidad de generar un ser humano para ser entregado a los padres de intención (en la mayoría de los casos a cambio de un precio), pese a que no existe un derecho a “producir” para “adquirir” un hijo con esta técnica. En consecuencia, los que hacen uso de esta práctica desatienden que los seres humanos en nuestro ordenamiento jurídico y en pleno siglo XXI no pueden ser considerados como propiedad de otro ser humano, por lo que nadie debiera poder disponer de ellos; el ejercicio de la paternidad es una responsabilidad, no la materialización de una propiedad o de un deseo. No se puede decir más suavemente: este tipo de prácticas da lugar al tráfico de niños.

Es por ello, que el Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias sobre esta cuestión (SSTS 6 febrero 2014²⁵, 31 marzo 2022²⁶, 16 mayo 2023²⁷, 4 diciembre 2024²⁸) se ha posicionado abiertamente en contra de esta práctica y ha señalado que el contrato de gestación subrogada infringe el orden público español. Asimismo, desestima la insistente pretensión los padres/madres comitentes de que la filiación del menor pueda quedar determinada por tal contrato, que es nulo²⁹.

24 Curiosamente, la Convención de Derechos del Niño establece garantías en favor del adoptando y aquellas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma así como todas las formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar (arts. 21, 35 y 36); garantías que deberían extenderse para el niño en la maternidad subrogada. Asimismo, el Informe de la Relatora Especial ante la Asamblea General de la ONU, de 15 de enero de 2018, según el cual “la gestación por sustitución comercial entra de lleno” en dicha definición, cuando concurren tres elementos: a) la “remuneración o cualquier otra retribución”; b) “el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes)”; y c) “el intercambio de a) por b) (pago por la entrega del niño)”; precisando que “La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución”.

25 STS 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

26 STS 31 marzo 2022 (Tol 8898029).

27 STS 16 mayo 2023 (Tol 9566612).

28 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

29 Al hilo de la regulación de esta materia, un importante sector de la doctrina científica actual sigue defendiendo la nulidad del contrato de gestación con apoyo en dichos argumentos y en el principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.1 CE, haciendo especial hincapié en el riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras, que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social. Cfr., así, APARISI MIRALLES, A: “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2^a, pp. 163-175; BELLVER CAPELLA, V.:

3. La reticente posición de la DGFPJ.

La Instrucción de 28 de abril 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución³⁰, ha tardado varios años en cumplir con las decisiones jurisprudenciales iniciadas en la STS (Pleno) 6 febrero 2014³¹, modificando -ahora radicalmente- la posición del Centro Directivo respecto de la inscripción de la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de contratos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero, al derogar la anterior Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010. La Instrucción 2010 admitía la inscripción cuando uno de los solicitantes fuera español y la solicitud fuera acompañada una resolución judicial extranjera del país de origen en la que se determinase la filiación del nacido respecto de los comitentes (o padres de intención), pero rechazándola cuando lo que se aportaba era una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no constara la identidad de la madre gestante. Dicha práctica registral era difícilmente conciliable con el IO.I LTRHA y contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente a la mencionada STS (Pleno) 6 febrero 2014³² y continuada en la SSTS y continuadas con la muy interesante STS 4 diciembre 2024³³ y la que comentamos de 25 marzo 2025³⁴.

Señala ahora la directriz segunda de la Instrucción de 28 de abril 2025 que en “ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica

“¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, 2015, pp. 19-52; *Idem*: “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2, pp. 229-243; CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38/2013, p. 69; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M^a. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 361-390; ESTELLÉS PERALTA, P. M^a.: “Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M^a. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 165-212; *Idem*: “Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, pp. 330-357; LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2, pp. 253-267; SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje”, cit., pp. 219-228; o VALERO HEREDIA, A.: “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional* (UNED), núm. 49, 2019, pp. 421-440.

30 BOE 1 mayo de 2025.

31 La STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

32 Vid. al respecto DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Maternidad subrogada: radical cambio de la posición de la DGFPJ: la Instrucción de 28 de abril de 2025”, *Tribuna*, mayo 2025.

33 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

34 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

relativa al nacimiento del menor; ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente”.

En la tercera directriz, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública establece que “las solicitudes pendientes de inscripción de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada a la fecha de la publicación de la presente Instrucción en el ‘Boletín Oficial del Estado’ no se practicarán”. Y como consecuencia de ello, la directriz cuarta alude al modo en que debe procederse para que los comitentes puedan obtener la inscripción de la filiación, esto es, “la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías”.

Ahora sí, tras quince años de espera, podemos, pues, afirmar que la práctica administrativa se ha ajustado a la ley, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia de manera reiterada³⁵. Ahora bien, la STS 25 marzo 2025 comentada y el contrato de maternidad subrogada concertado entre el padre comitente y la gestante son anteriores a dicha Instrucción, pero no a la LTRHA que lo prohíbe.

III. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR Y MÁS VULNERABLE DEL MENOR.

El Tribunal Supremo, en reiterada doctrina como la expresada en su STS 4 diciembre 2024³⁶ afirmó que la maternidad subrogada vulnera los derechos y la dignidad de los más vulnerables y no protege el interés superior del menor.

I. El interés superior del menor no puede confundirse con el interés del padre comitente.

La doctrina jurisprudencial es rotunda en este aspecto: el interés del menor no puede confundirse con el interés del padre comitente, esto es, el varón que en el caso enjuiciado y comentado, mediante el contrato de gestación subrogada y aportando su material biológico, encargó a una mujer que gestara y diera a luz para él a dos niñas, según señala la STS 25 marzo 2025, FJ 4. Los ejes vertebradores de esta cuestión, además de la legalidad -reiteradamente conculcada no lo olvidemos- son el respeto a su dignidad humana, a no ser cosificado ni mercantilizado, y el respeto a su interés superior. Y esta práctica vulnera el interés superior del menor y lesiona el orden público español.

35 Al respecto, DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Maternidad subrogada”, cit.

36 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

En la maternidad gestante, tanto el bienestar del niño, su salud física y psíquica como su filiación, se ven especialmente alterados por esta práctica que atenta contra el interés superior del niño al romper su vínculo materno tras el parto, ya pactado ab initio. Ello entra en contradicción con el derecho del hijo a permanecer con su familia de origen, tanto con su madre como con su padre. En consecuencia, se pone en riesgo -y frecuentemente se vulnera intencionalmente- el derecho del niño a ser criado por sus progenitores; a dar prioridad a su permanencia en su familia de origen y, de manera injustificada, al mantenimiento de sus relaciones familiares biológicas. Por tales razones, el Tribunal Supremo se ha manifestado en favor del derecho a conocer los orígenes. Así lo señaló el FJ 3-9 de la STS 31 de marzo de 2022³⁷, al afirmar que con la maternidad subrogada se priva al futuro niño, del derecho a conocer sus orígenes, se le “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Igualmente, en la STS 25 marzo 2025³⁸ que comentamos señala que:

“Entre otras razones, porque cosifica a los menores haciéndolos una simple mercancía, objeto de un contrato que pretende fijar su filiación con base en el pago de un precio a una mujer, que por lo general actúa impelida por un estado de necesidad acuciante [...] y pretende privar al menor de esa relación de filiación materna así como de su derecho a conocer a su madre.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, en su art. 7, reconoce al niño el derecho a conocer a sus padres. Y sin embargo... se vulnera.

2. El interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite.

El interés del menor no puede identificarse, en principio, con el automático reconocimiento de la filiación en favor de los comitentes y excluyendo a la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el interés del menor, respecto del cual no existe unanimidad³⁹.

En la STS 16 mayo 2023⁴⁰ en relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo ya declaró que “el interés del menor no puede identificarse genéricamente

37 STS 31 de marzo de 2022 (Tol 8898029).

38 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

39 Así, DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, pp. 349-357.

40 STS 16 mayo 2023 (Tol 9566612).

con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite, pues es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación⁴¹, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). Más tarde, en su STS 4 diciembre 2024⁴² afirma que es incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en un contrato de gestación subrogada no permitido por nuestras leyes o del reconocimiento por las autoridades extranjeras de la filiación resultante de tal contrato. Que la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil y la infancia. El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación, sino que, en todo caso, es el legislador quien debe establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación.

En idéntico sentido se ha manifestado en la STS 25 marzo 2025⁴³. Ahora bien, en este caso lo que se pretende por el padre de las menores es que se deje sin efecto la filiación materna que ha sido fijada en el Registro Civil español de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 LTRHA. Esto es, en el caso enjuiciado se pretende la impugnación de la filiación materna ya reconocida y que más adelante analizamos.

3. El interés del menor no puede identificarse únicamente con el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo.

La alegación del beneficio económico que supone para los menores vivir con los comitentes o el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo que pudieran resultar de la paternidad reclamada o impugnada, “no son, por sí, criterios para atribuir la filiación ni encajan entre los criterios que deben tenerse en cuenta para valorar e interpretar el interés superior del menor a la hora de determinar una correcta filiación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1966, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”⁴⁴. Además, un mejor

41 Libertad de procreación que significa adoptar libremente la decisión de tener o no hijos sin injerencias estatales, pero, en ningún caso, vulnerar la ley y el orden público, para obtener al deseado hijo.

42 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

43 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

44 STS 16 mayo 2023 (Tol 9566612).

nivel de vida o cultura no compensa de la privación de las relaciones paterno/materno-filiales y los derechos y obligaciones derivadas de las mismas.

Ello significa que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución. La protección que ha de otorgarse a dichos menores ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual. Asimismo, se deberían sancionar las conductas infractoras de los comitentes quienes debieran ser excluidos de la patria potestad, si tales conductas -de haber verdadera voluntad de frenar estas prácticas- se incluyeran en el art. III CC.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN.

Desde una perspectiva jurídica, tanto la paternidad como la maternidad forman parte de la institución jurídica de la filiación, esto es, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores que puede derivar de la naturaleza (del hecho biológico de la generación) o de la ficción de la ley (mediante la adopción)⁴⁵. No obstante, es innegable que las leyes de reproducción asistida han provocado una grieta en esta clara cuestión de orden público, regulada legalmente, y han conducido -con la aquiescencia y promoción del legislador español- a que la verdad biológica no siempre coincida con la verdad jurídica. Clara prueba de ello es la LTRHA. Y es que las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a tal número de posibilidades de fecundación -sea homóloga o heteróloga- de los seres humanos, que pueden incluso intervenir tres mujeres a las que se les “podría” atribuir la condición de madre: la mujer que solicita la gestación o madre de intención, la madre gestante que da a luz al niño y la mujer donante del óvulo si la madre de intención o la gestante no aportan el suyo⁴⁶. Este conflicto que surge de precisar la filiación del hijo en estos casos, y que perjudica al hijo en relación con su verdad biológica, ha llevado al legislador a establecer una solución salomónica a los efectos de determinar la filiación materna y evitar así las complicaciones que la propia ley de reproducción asistida genera en esta materia. Solución que está alineada, en parte, con las realidades biológico-gestacionales.

La maternidad subrogada supone, además, una cuestión de orden público de gran envergadura y gravedad como es la de determinar la filiación materna. Hasta la fecha, los tribunales habían resuelto reclamaciones de maternidad de quienes no siendo la madre biológica celebraron un contrato de gestación por sustitución, sin

45 Vid., DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Notas sobre la gestación”, cit., pp. 349-357.

46 AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 9099, 2017, p. 3.

aportar material genético propio. Ello contrariaba tanto el art. 10 LTRHA como lo establecido en el art. 131 CC, que en su apartado segundo excluye la declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado cuando la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada, en estas circunstancias, por el apartado segundo del art. 10 LTRHA.

Esta ha sido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida desde la STS 6 febrero 2014⁴⁷. En dicha sentencia y en el posterior ATS 2 febrero 2015⁴⁸ que desestimó la solicitud de nulidad de aquélla, el Tribunal Supremo sostuvo que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era manifiestamente contraria al orden público español⁴⁹.

Esta contrariedad manifiesta deriva tanto de que el art. 10 LTRHA establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos como de que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto y no por el deseo de la madre o padre de intención. Los deseos no tienen categoría jurídica. Por ello, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación con esta cuestión en la STS 31 de marzo de 2022⁵⁰, declarando nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuyendo la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante. Ciertamente, la solución jurisprudencial a las problemáticas generadas por estos padres de intención -que pretenden eludir la legislación española- es constante y reiterada.

En su doctrina jurisprudencial, el Alto Tribunal ha señalado que el ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la relación paterno o materno-filial que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor: lo que es relevante en este asunto, es la determinación de la filiación biológica del padre, si es que existe tal relación biológica entre los menores y alguno de los progenitores de intención, y la adopción cuando existe esa convivencia en un núcleo familiar, con las garantías propias de estas instituciones. Por ello, y de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación de filiación respecto del padre biológico, debe ejercitarse mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

⁴⁷ STS 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

⁴⁸ ATS 2 febrero 2015 (Tol 4722714).

⁴⁹ A ello debe sumarse, como ya se ha comentado, que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. Asimismo, esta fue su postura en las SSTs STS 6 febrero 2013 (Tol 4100882), 31 de marzo de 2022 (Tol 8898029) y 4 de diciembre 2024 (Tol 10298543).

⁵⁰ STS 31 de marzo de 2022 (Tol 8898029).

En caso de que quien solicite el reconocimiento de la relación de filiación sea la mujer comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación sería la adopción según la solución que plantea el Tribunal Supremo para el caso enjuiciado en la STS 31 marzo 2022 citada⁵¹; solución que no comparto porque que de conformidad con el art. 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, para su validez en España aquella no debe vulnerar el orden público español; ¿acaso no vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor y en particular, cuando se ha prescindido de los procedimientos, consentimientos y audiencias legalmente necesarios, o cuando se constate que los consentimientos no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación?⁵² ¿Cuándo se ha mercantilizado al hijo? Así pues, ni legal -ni moralmente- es factible atribuir la filiación del hijo subrogado apelando a la propia conveniencia o deseos⁵³.

1. La regla *mater semper certa est*.

Como consecuencia de lo antedicho, para la protección del orden público español y del interés superior del menor afectado por esta práctica, la respuesta del legislador no puede ser otra que la aplicación del principio *mater semper certa est*, aunque este principio hoy en día no se sostenga con tanta rotundidad jurídica o biológica que hace unas décadas⁵⁴. No obstante, este principio, originario del

51 STS (Pleno) 31 marzo 2022 (Tol 8898029).

52 Resultará por ello, difícil valorar positivamente la idoneidad de estos padres/madres de intención si se tiene en cuenta que el/los solicitantes han vulnerado las leyes prohibitivas en la materia, que han alterado el orden público español y han pretendido cometer fraude de ley; que han comerciado con el útero de una mujer, atentando a su dignidad y derechos, han traficado con el hijo nacido de estas prácticas, etc. sólo para satisfacer sus deseos y llevar a cabo su plan de convertirse en padres por encima de todo los demás intereses en juego. No parece lo más procedente conceder la adopción a este tipo de individuos. Tampoco parece que los padres de intención, ahora solicitantes de la adopción del niño gestado por maternidad subrogada, sean personas idóneas para criar y educar a ningún niño, lleve su carga genética o no. Permitir al hijo subrogado permanecer con los padres de intención, probablemente con vistas a convertirse en sus padres adoptivos, sería tanto como legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes reglas del derecho de los Estados. Sería más acorde con el orden público, la legalidad y el interés superior del menor que dicho menor sea adoptado por personas idóneas, por una familia más adecuada donde criarse y desarrollarse. Obviamente se habrá de ponderar debidamente el hecho de que el niño no sufra un daño grave o irreparable por la separación, analizando el caso concreto y se deberá realizar un equilibrio justo entre los diferentes intereses en cuestión, pero admitir los efectos de la filiación derivada de esta técnica o acelerar los procesos de adopción de estos menores no parece la mejor opción para acabar con este tráfico de menores.

53 Como concluye el INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA de 2017, cit., el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

54 De acuerdo con el INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, cit., p. 23, Es más, “el principio ‘mater semper certa est’ se ha mantenido en vigor desde tiempo inmemorial hasta el presente sin que nadie lo haya cuestionado por lo que se refiere a la ordenación de las relaciones de filiación. De generación en generación se ha corroborado que la mejor garantía para el desarrollo del niño era atribuir la maternidad legal a quien lo había parido. Para proponer un cambio en el criterio de atribución de la filiación, aunque sea para un número reducido de casos, el primer paso consistiría en demostrar que el criterio de separar la maternidad legal y la biológica resulta tan idóneo para el interés superior del menor como el actualmente vigente. Frecuentemente se ha sostenido que el deseo de tener un hijo es la mejor garantía de que será querido y cuidado. Pero no es exactamente así. El deseo puede mudarse y dar al traste con lo que prometía ser una relación idílica. Una cosa es desear algo y otra asumir la responsabilidad sobre un hijo a lo largo del tiempo y en cualquier tipo de circunstancias. Nuestra sociedad ha tendido a promover la satisfacción de los propios deseos, pero no tanto a asumir las responsabilidades que esos deseos pueden traer consigo.

derecho romano, establece que la maternidad se determina por el hecho del parto, es decir, la mujer que da a luz es considerada la madre legal.

La maternidad es la relación real (o supuesta en caso de que no se aporte el propio óvulo)⁵⁵ de la madre gestante con el descendiente y la legislación española, en el art. 10 LTRHA, ha optado por determinar la relación de filiación materna del hijo con la mujer que lo gesta y lo alumbró. En consecuencia, la madre se determinará por el parto y será, por tanto, la gestante (con independencia de quien aporte la carga genética) quien conste como madre de ese menor. Y todo ello, en favor, por un lado, de la protección del interés superior del menor gestado que no es fácil de procurar en estas circunstancias y, por otro, de la protección de los derechos de la propia gestante. Se trata de una cuestión de orden público y, por tanto, indisponible para los particulares. Así pues, aunque la aplicación del principio *mater semper certa est*, se ha visto matizada en la actualidad por los avances en las técnicas de reproducción asistida, como la gestación subrogada, el art. 10 LTRHA, de la ley que regula precisamente estas técnicas, tras establecer en su apartado 1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, establece en su apartado 2 que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución “será determinada por el parto”, sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo (FJ 5 STS 25 marzo 2025⁵⁶).

Así pues, tampoco sería posible determinar la filiación biológica respecto de la madre de intención que hubiera aportado material genético, porque el art. 10.2 LTRHA, deroga la regla de la correspondencia entre la verdad legal y la verdad biológica, considerando como madre legal a la gestante⁵⁷.

2. La impugnación de la filiación materna.

La impugnación de la filiación materna busca declarar que una persona no es la madre de otra. Este procedimiento legal puede ser iniciado por el marido de la supuesta madre, la propia madre, o el hijo, y se basa en la demostración de que existe un error en la inscripción de la maternidad, como un falso parto o suplantación del hijo. La impugnación se basa, entonces, en la prueba de que

Estamos acostumbrados a buscar nuevos deseos cuando hemos conseguido los que pretendíamos, más que a comprometernos con las consecuencias de esos deseos a lo largo del tiempo. En una época que proclama la libertad para cambiar la identidad individual cuando así se desee, no se puede afirmar al mismo tiempo que el deseo es garantía de cumplimiento de los compromisos contraídos. Por otro lado, aunque exista el deseo y se mantenga firme a lo largo del tiempo, no asegura que el hijo vaya a recibir los mejores cuidados y educación. Para ello, es necesario que ese deseo no sea patológico, inmaduro o egoísta”.

55 Al respecto, vid. VILELLA, F. y SIMÓN, C.: “Hsa-miR-30-d”, cit.

56 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

57 DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Maternidad subrogada”, cit.

la maternidad inscrita es falsa, ya sea por un falso parto o por la suplantación del niño. Este tipo de impugnación busca corregir una mujer no es la madre biológica del niño registrado como su hijo. Que se trata de una filiación incorrecta. No obstante, como ya hemos analizado, en nuestro ordenamiento jurídico, carece de trascendencia que la madre gestante no hubiera aportado sus óvulos para la gestación pues ese dato es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación no adoptiva materna se fija por el parto, sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo. Luego en estos supuestos, no hay filiación incorrecta.

Así las cosas, en el caso enjuiciado, la madre gestante prestó su consentimiento a la inscripción de las menores, el parto fue real y no hubo suplantación del hijo. Lo bien cierto es que se celebró un contrato nulo, que mercantiliza a unas menores y se pretende que ello no genere otros efectos jurídicos que aquellos que desee el infractor y sin atender al hecho de que se puedan lesionar derechos de terceras personas, además, vulnerables.

La filiación no afecta únicamente a un individuo concreto, sino que afecta a los derechos y deberes de sus progenitores, madres gestantes incluidas, así como al hijo/s, e incluso, a los de sus herederos, en su caso. Asimismo, en el caso enjuiciado por la sentencia comentada, se insta una resolución judicial para que se determine la impugnación de la filiación sin que se pretenda la determinación de una nueva. Prefiere el padre comitente dejar a sus hijas “huérfanas” de madre, desde el punto de vista jurídico, para, a su vez, privarlas del apellido materno, del conocimiento de su verdad biológica y de sus orígenes; también del ejercicio de los deberes parentales de la madre gestante (algo por otra parte de difícil resolución para quien no aspira a desempeñarlos).

Sin embargo, dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos de acuerdo con lo que establece el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3. El reconocimiento de la filiación materna protege el interés superior del hijo.

Al hilo de la conveniencia o no de mantener en el Registro Civil español la filiación materna de la gestante, es por lo que resulta tan interesante la STS 25 marzo 2025⁵⁸ comentada. Porque señala que privar a las menores de su filiación materna atenta directamente a su interés superior como menores, a conocer sus orígenes, a ser cuidadas por sus progenitores, a sus derechos sucesorios, en su caso:

58 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

“No se entiende cómo puede beneficiar a las menores que se deje sin efecto la fijación de la filiación materna respecto de la madre que las gestó y alumbró. Que dicha filiación materna contradiga lo acordado en un contrato de gestación subrogada, reconocido en aquel momento como válido por la legislación del Estado de Tabasco en Méjico, no supone que sea contraria al interés del menor, toda vez que el reconocimiento de dichos contratos, y de la determinación de la filiación que en ellos se acuerda y que tiene acceso al Registro Civil de Tabasco, es manifiestamente contrario a nuestro orden público, como ya hemos justificado en extenso en las anteriores sentencias que hemos citado [...]”.

Dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos que establece el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

En concreto, perjudicaría su derecho a ser cuidadas por su madre en caso de fallecimiento o incapacidad de su padre. También perjudicaría los derechos sucesorios que pudieran corresponder a las menores respecto de su madre, aunque la extracción social de las madres gestantes supone que, por lo general, tales derechos sucesorios sean de escasa entidad pues las mujeres que se prestan a gestar y parir para terceros suelen hacerlo impelidas por una acuciante necesidad económica.

Que la filiación inscrita en el Registro Civil español difiera de la inscrita en el Registro Civil de Méjico no tiene por qué suponer ningún perjuicio para dos menores de nacionalidad española y que residen en España, por lo que sus documentos de identidad, pasaportes, etc., serán expedidos en España. Y, en todo caso, tal divergencia entre los registros civiles no tendría por qué ser solventada mediante la rectificación del español, no solo porque las menores son españolas y residen en España, sino porque la filiación inscrita en el Registro Civil español es la que respeta en mayor medida el interés superior de las menores puesto que les permite conocer quién es su madre y les dota de una progenitora para el caso de premoriencia del padre”.

Esto es, les dota de una progenitora en todo caso. Progenitora que el padre desea borrar de los registros civiles y de las vidas de las niñas, pero sin quien éstas no hubieran nacido.

V. CONCLUSIONES.

I. Actualmente, los deseos e intenciones personales de los padres/madres comitentes se anteponen a las consideraciones jurídicas (y éticas): En consecuencia,

la concepción del hijo ya no se busca como un fin en sí mismo en numerosos casos, lo que desemboca en una carrera imparable de instrumentalización del ser humano a nivel moral, ético, médico, jurídico y filosófico que se inició hace más de cuarenta años cuando comenzaron las técnicas de reproducción asistida.

II. Las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a un (caótico) número de posibilidades de fecundación de los seres humanos, en el que pueden intervenir tres mujeres a quienes se les podría atribuir la condición de madre: la mujer que solicita la gestación o madre de intención, la madre gestante que da a luz al niño y la mujer donante del óvulo si la madre de intención o la gestante no aportan el suyo. El avance de la ciencia y la técnica ha provocado la colisión de derechos entre las posibles "candidatas" a ser la madre del niño gestado, lo que ha acabado menoscabando su dignidad y conculcando sus derechos. Curiosamente, uno de los rasgos diferenciadores y definidores de la esencia de ser mujer radica en la maternidad, en la posibilidad de concebir y albergar vida. Si la mujer ha sido discriminada a lo largo de los tiempos, es actualmente la madre, quien es objeto de marginación como resultado de esta praxis.

III. No obstante, madre -legalmente hablando- sigue habiendo solo una: la que gesta. Luego en nuestro ordenamiento jurídico, carece de trascendencia que la madre gestante no hubiera aportado sus óvulos para la gestación pues ese dato es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación no adoptiva materna se fija por el parto, sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo, amén de que en todo caso la gestante es más progenitora que la madre de intención. Así pues, en estos supuestos, no hay filiación incorrecta y no cabe, en consecuencia, su impugnación.

IV. No atiende ni protege el interés superior del menor privar a las menores de su filiación materna, de conocer sus orígenes, de ser cuidadas por sus progenitores -también su madre-, o de sus derechos sucesorios, si lo hubiere.

V. El interés del menor "procreado" no puede confundirse con el interés del padre comitente, sus conveniencias y deseos. Y desde luego el interés del padre nunca debe anteponerse al de los menores, siempre más vulnerables.

VI. La maternidad gestante vulnera el orden público español, por muchos motivos: pretender alterar el sistema legal de filiación; también lesiona la dignidad de la mujer gestante y el hijo gestado. Los cosifica y mercantiliza a ambos. En definitiva, recurrir o defender esta práctica conllevaría subvertir este principio legal y jurídico para poder acceder a una relación de filiación no contemplada por el Derecho -o impugnarla- y en todo caso prohibida en nuestro país.

VII. Confiemos que con la nueva Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública -acorde ya a la jurisprudencia del Tribunal Supremo- que establece que ya no se practiquen inscripciones de filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada (ni siquiera las pendientes a 1 de mayo de 2025); y en consecuencia, que de ahora en adelante la determinación de la filiación se efectúe a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español (filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías y la idoneidad de los solicitantes) y se limite el acceso a esta práctica tan lesiva.

BIBLIOGRAFÍA

APARISI MIRALLES, Á: “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 9099, 2017.

BATALLER I RUIZ, E.: “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015.

BELLVER CAPELLA, V.:

- “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, 2015.
- “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

BURGUETE MIGUEL, E. E.: “Valoración de la gestación subrogada desde los principios bioéticos de autonomía y no maleficencia”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. Mª. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CASANOVA MAYORDOMO, G.: “Reflexiones sobre la maternidad subrogada desde la antropología”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. Mª. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38/2013, p. 69 y ss.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.:

- “La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA. VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. Mª. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016.

- "Maternidad subrogada: radical cambio de la posición de la DGFPSJ: la Instrucción de 28 de abril de 2025", *Tribuna*, mayo 2025.

ESTELLÉS PERALTA, P. M^a..

- "Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.
- "Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud", en AA. VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M^a. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

INFORME COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, de 19 de mayo de 2017.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2^a.

LÓPEZ MORATALLA, N.: "Comunicación materno-filial en el embarazo", *Cuadernos de Bioética*, col. XX, núm. 3, 2009.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: "Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo", *Cuadernos de Bioética*, núm. XXVIII, vol. 2, 2017.

VALERO HEREDIA, A.: "La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales", *Teoría y realidad constitucional* (UNED), núm. 49, 2019.

VILELLA, F. y SIMÓN, C.: "Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome, *Revista Development*, 2015.

RECENSIONES



MARCOS FRANCISCO, D.: *El arbitraje de consumo en el nuevo Reglamento: ¿adecuación y eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, 190 pp.



El arbitraje de consumo en el nuevo Reglamento: ¿adecuación y eficiencia?, de la profesora de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Diana Marcos Francisco, nos ofrece una mirada detallada acerca del arbitraje de consumo en el nuevo Reglamento, aprobado por el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio. Mas allá de una mera descripción normativa, la autora invita a una reflexión crítica sobre el tema.

Es una obra llamada a ser un referente, firmada por una profesora doctora con una destacada trayectoria en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. No sólo se contextualiza y explica el marco legal vigente del arbitraje de consumo, con los problemas que plantea y sus posibles soluciones, sino que también analiza propuestas de normativa europea y los retos que plantean,

posicionándose como una herramienta esencial para todo operador jurídico en el ámbito del Sistema Arbitral de Consumo.

Es una monografía muy oportuna por el momento en que se publica, al ser coetánea a la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que pretende fomentar los “medios adecuados de solución de controversias” en vía no jurisdiccional (de ahí la introducción de los MASC como requisito de procedibilidad en la jurisdicción civil). También es oportuna por el objeto sobre el que versa, el estudio del nuevo Reglamento regulador del Sistema Arbitral de Consumo (aprobado por el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio), que por su carácter novedoso y reciente no cuenta con estudios y requiere de un profundo análisis como el que aborda la obra.

En cuanto a la estructura y contenido de la monografía, se trata de un trabajo meticulosamente organizado y estructurado, en el cual la autora ha explicado y examinado las cuestiones fundamentales del arbitraje de consumo y las novedades más importantes introducidas por el nuevo Reglamento. Y ello lo hace teniendo en cuenta numerosa jurisprudencia y doctrina, incluyendo las más recientes.

El trabajo comentado se estructura en dos capítulos, en los cuales es una constante conectar diferente legislación con el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio. Así, se maneja y aplica tanto legislación española arbitral, procesal y administrativa como de la Unión Europea. Ello no es de extrañar si tenemos en cuenta:

1) Que la normativa española se aplica supletoriamente (véase la disposición final segunda del Real Decreto 713/2024). En concreto, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y las Leyes 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

2) Y que existe normativa de la Unión Europea que debe observarse por la española en materia de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, como es la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, que se encuentra en revisión en la Unión Europea. Así, como indica la autora, existe una propuesta de Directiva para modificar la Directiva 2013/11/UE: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica dicha Directiva 2013/11/UE, así como las Directivas (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 y (UE) 2020/1828 (COM (2023) 649 final).

De forma complementaria ha venido existiendo el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Y aunque, como también indicó la autora, había una propuesta de Reglamento que pretendía derogar el Reglamento (UE) N° 524/2013 (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de octubre de 2023, por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 524/2013 y se modifican los Reglamentos (UE) 2017/2394 y (UE) 2018/1724 en lo que respecta a la desaparición de la plataforma europea de resolución de litigios en línea (COM(2023) 647 final), tras la publicación de esta obra reseñada ya se ha aprobado el Reglamento (UE) 2024/3228 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2024, por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 524/2013 y se modifican los Reglamentos (UE) 2017/2394 y (UE) 2018/1724 en lo que respecta a la supresión de la plataforma europea de resolución de litigios en línea.

El primer capítulo trata las “cuestiones básicas del arbitraje de consumo”, que no han cambiado significativamente con la nueva regulación. Se trata de su origen normativo, concepto, sujetos legitimados, objeto, convenio arbitral y procedimiento. No obstante, la autora, cuidadosa del detalle, trata estas cuestiones, no sólo considerando la normativa vigente, sino también la jurisprudencia.

El análisis jurisprudencial adquiere protagonismo al analizar los sujetos legitimados, distinguiendo entre consumidores y empresas. Y ello por existir posturas discrepantes en la jurisprudencia ante la ausencia de una regulación clara en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio y en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Al respecto de este tema es novedoso que mientras los consumidores deben residir o estar domiciliados en un país de la Unión Europea, no sucede lo mismo con las empresas, dado que también se legitima a las que estén establecidas fuera de la Unión Europea, siguiendo la línea de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica dicha Directiva 2013/11/UE, así como las Directivas (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 y (UE) 2020/1828 (COM (2023) 649 final).

Respecto al objeto del arbitraje, se discute la delimitación positiva y negativa. Con respecto a la delimitación positiva, se trata la polémica cuestión de si cabe exigir responsabilidad civil extracontractual vía arbitraje de consumo, que sigue sin solucionarse en el nuevo Reglamento. La autora expone argumentos en defensa de ambas posturas, si bien decantándose por su posible resolución mediante arbitraje de consumo con argumentos sólidos, que incluyen la postura mantenida por la

citada Propuesta de Directiva por la que se modifica dicha Directiva 2013/11/UE. Y ello porque según ésta, “las modificaciones propuestas tienen por objeto garantizar que las entidades de resolución alternativa puedan conocer de todos los litigios en materia de consumo, en particular los que surjan en los mercados digitales, incluso respecto de obligaciones extracontractuales, y de los relacionados con derechos extracontractuales de origen normativo”.

Por otro lado, la autora argumenta que la aplicación de normas imperativas, incluso de orden público, no excluye la posibilidad de someter controversias a arbitraje de consumo, como ha entendido la mayoría de la jurisprudencia menor, si bien resulta necesaria su observancia.

Con respecto a la delimitación negativa, además de aclarar dudas que pueden plantearse, propone su modificación, en la línea de la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2013/11/UE.

Del tratamiento del convenio arbitral es especialmente relevante el estudio de sus vías de formalización y eficacia, por las particularidades que presentan en el Sistema Arbitral de Consumo. No hay que olvidar que los efectos positivo y negativo de todo convenio arbitral presentan matices en el ámbito del consumo, dado que la cláusula arbitral pactada antes de surgir el conflicto no vincula al consumidor y porque el efecto negativo sólo se podrá hacer valer por la empresa so pena de causarle indefensión por la unidireccionalidad del arbitraje de consumo. Dicho estudio va acompañado de propuestas *de lege ferenda* para garantizar mayor seguridad jurídica.

Y al analizar el procedimiento arbitral de consumo se tratan las actuaciones prearbitrales y las arbitrales, distinguiendo los trámites que se llevan a cabo ante la Junta Arbitral de Consumo y el órgano arbitral, respectivamente. Y ello advirtiendo de la falta de claridad en la distribución de funciones entre el presidente y secretario de la Junta Arbitral y comentando la posibilidad de que los propios árbitros actúen como secretarios del órgano arbitral, asumiendo también entonces sus funciones.

El segundo capítulo aborda las “principales novedades introducidas por el nuevo Reglamento”: toda una serie de cambios que afectan a las solicitudes de arbitraje de consumo, la supresión de Ofertas Públicas de Adhesión limitadas, el fomento del árbitro único, los nuevos criterios de competencia territorial a las Juntas Arbitrales de Consumo y el fomento del uso de nuevas tecnologías.

Se analizan los requisitos mínimos de las solicitudes de arbitraje, tanto los que vienen a coincidir sustancialmente con los que exigía el derogado Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo, como

los requisitos que han sido introducidos *ex novo*. También se trata otro requisito que, aunque aparentemente ha sido suprimido, realmente no lo ha sido, señalando cómo podría implementarse en la práctica; así como otro requisito que *de lege ferenda* debería haberse exigido.

También se examinan las causas de inadmisión de solicitudes, tanto las que ya preveía el Real Decreto 231/2008 y que ha mantenido el nuevo Reglamento como las añadidas, en consonancia con la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE (el nuevo Reglamento ha previsto todas sus causas, recogidas en el art. 18.I de tal Ley).

Y no menos importante es el tratamiento que la autora efectúa de la posible modificación de las solicitudes de arbitraje. Así, partiendo de la deficiente regulación que al respecto contenía el Real Decreto 231/2008, estudia la nueva regulación, “mejorada, pero mejorable”, indicando cómo debería interpretarse y aplicarse en la práctica la nueva normativa, así como propuestas *de lege ferenda*.

Por otra parte, se trata la supresión de las Ofertas Públicas de Adhesión limitadas, efectuando un análisis del porqué, amparándose en legislación y jurisprudencia, y contestando a la pregunta de si es razón suficiente para la eliminación. Seguidamente, se tratan las únicas limitaciones o condiciones permitidas en las Ofertas Públicas y las dudas que suscita el nuevo Reglamento al respecto.

Dentro de este mismo capítulo también se aborda el estudio de las medidas de fomento del árbitro único. En concreto, pasa a ser la regla general la designación de árbitro único atendiendo a la cuantía de los litigios que se someten a arbitraje de consumo; también, como regla general es un árbitro único el que debe elevar el acuerdo alcanzado por las partes a laudo; y, a diferencia de lo que contemplaba el anterior Real Decreto 231/2008, ya no basta la mera oposición de las partes a la designación de un árbitro único.

Muy interesante resulta también el estudio de los nuevos criterios de atribución de la competencia territorial a las Juntas Arbitrales de Consumo. La autora parte de los oscuros criterios de atribución de competencia en el anterior Real Decreto 231/2008 y, tras analizar los nuevos, concluye que, aunque se han clarificado y mejorado, la nueva redacción es muy mejorable, planteando nuevas dudas interpretativas que la autora intenta resolver.

Por último, dentro de este capítulo segundo, se critica la falta de una mínima regulación del arbitraje de consumo electrónico en el nuevo Reglamento. Aunque podría entenderse innecesaria dicha mínima regulación, dada la supletoriedad de las Leyes 39 y 40/2015 (para lo no previsto por el Real Decreto 713/2024 tanto

sobre el procedimiento arbitral de consumo y las actuaciones arbitrales como sobre la actividad de las Juntas Arbitrales), no hay que perder de vista que también resulta de aplicación supletoria la Ley Arbitral 60/2003 para el procedimiento arbitral de consumo y las actuaciones arbitrales, lo que puede conducir a distintas interpretaciones o soluciones acerca de si existen o no garantías mínimas de obligado cumplimiento y límites a la autonomía de la voluntad en el uso de medios electrónicos.

Finalmente, la obra acaba con unas breves consideraciones finales respondiendo a la cuestión de si son adecuados y eficientes los cambios introducidos por el nuevo Reglamento y sobre la conveniencia de introducir un arbitraje de consumo obligatorio, si bien dejando claros los escollos que habría que superar para que ello fuera viable jurídicamente. Estas importantes aportaciones vienen acompañadas de una amplia bibliografía y jurisprudencia.

En conclusión, la obra de la profesora Marcos se antoja una referencia indispensable para comprender la nueva regulación del arbitraje de consumo. Su detallado análisis desde una visión crítica ofrece una guía clara y completa sobre la reciente normativa nacional e, inclusive, considera los cambios que deberían realizarse de esta nueva normativa teniendo en cuenta la normativa propuesta por la Unión Europea (la citada Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica dicha Directiva 2013/11/UE, así como las Directivas (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 y (UE) 2020/1828 (COM (2023) 649 final), si finalmente se aprueba como norma vinculante.

Se convierte así en una obra esencial para cualquier jurista, académico o profesional del derecho que desee entender y aplicar el nuevo Reglamento regulador del Sistema Arbitral de Consumo.

M^a Victoria Sánchez Pos
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Litigios sobre bienes culturales en clave de derecho internacional privado (De la dama de oro al Caso Cassirer)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 263.



I. Sirvan las palabras que siguen para recensionar el libro del Profesor Doctor D. Alfonso Ortega Giménez titulado “Litigios sobre bienes culturales en clave de derecho internacional privado (De la Dama de oro al Caso Cassirer)”.

Acéptenme antes de hacerlo que acuda a una pequeña digresión. Esta obra se presentó a los premios que la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación otorga, en concreto en la edición de 2024, a monografías originales e inéditas sobre materias jurídicas. Y resultó ganadora. Precisamente, en el acto de entrega a su autor del VIII Premio de estudios jurídicos me correspondió, como miembro del Jurado, glosar el currículum y los méritos del galardonado y, claro es, destacar los aspectos esenciales de la obra premiada. Comprenderán entonces los términos de la presente recensión.

II. Me corresponde efectuar la laudatio del Profesor Ortega Giménez. Como todos conocen es un pequeño discurso que se pronuncia en elogio de una persona y que, en muchos casos, sobre todo cuando no se conoce personalmente al homenajeado, discurre con una enumeración de méritos. Me permitirán, sin embargo, que huya del concepto clásico. Lo entenderán en seguida: su *curriculum* se extiende a 120 folios. Y no extraña pues en su haber tiene numerosos premios en docencia e investigación. Entre ellos, y debo reconocerles que es el que más curiosidad me ha despertado, Búho de oro al mejor profesor, y el más sobresaliente quizá, el premio extraordinario de doctorado. En todo caso, el Doctor Alfonso Ortega es profesor titular de derecho internacional privado en la Universidad Miguel Hernández; también ponente habitual en materias de su disciplina tanto en España como en el extranjero; y asimismo autor de un número ingente de publicaciones con participaciones en libros que superan los doscientos cincuenta.

Y a ello se añade que es doctor *honoris causa* por varias universidades y que, además, acaso lo que prima dado el foro en el que nos encontramos, tiene una estrecha relación con el mundo de la Abogacía, lo que sin duda constituye una simbiosis inmejorable entre la práctica y la enseñanza de la que se habrán podido aprovechar todos sus alumnos.

III. La cuestión radica en que esta huida de la laudatio tradicional me ha llevado a un escenario inesperado, con la presencia de varios actores en principio, incluso, totalmente ajenos al mundo del derecho.

Quien no recuerda hoy los islotes de certeza y ese mar de incertidumbre en el que navegaba el sociólogo francés Edgar Morin (*Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Unesco, 2021). Pareciera que sus ideas, sus enseñanzas, sus advertencias se han convertido con los años en una realidad extrema, aplastante si se quiere. Desde luego, no hace falta explicar que en estos tiempos avistar tierra firme es tarea casi imposible.

Pese a ello, no tengo duda que hemos de seguir navegando. Podrá pensarse que para realizar este viaje se requiera aprehender el mundo de otra manera. Y es verdad. Pero también lo es que para afrontar lo inesperado no podemos ni debemos desprendernos de aquellas pequeñas cosas que cantó Joan Manuel Serrat al recoger el Premio Princesa de Asturias de las Artes 2024. Positivamente, hoy estamos aquí por una de ellas.

Por la obra que presentó el Profesor Ortega Giménez al Premio de Estudios Jurídicos de la Real Academia. Una obra que nos conduce a un mundo fascinante: el de las relaciones entre el arte y el derecho. Y un mundo que, para quienes disfrutamos con una y otra forma de expresión, de interpretación, no deja de

hacernos presente esos recuerdos, gratificantes sin duda, que nos asaltan como “ladrones detrás de una puerta”.

Y de nuevo lo entenderán enseguida: la obra que se premia hoy nos sumerge, a través de un análisis profundo y extraordinariamente documentado en el complejo universo de los litigios sobre bienes internacionales. De la Dama de Oro al caso Cassirer, figura en su subtítulo.

Muchos de ustedes recordaran aquella película. Reconozco que cuando la vi me quedé tan solo con la historia de aquella mujer judía que huyó de Viena durante la II Guerra Mundial y regresó sesenta años después para reclamar las propiedades que los nazis confiscaron a su familia, entre ellas aquel famoso “Retrato de Adele Bloch-Bauer”, que pintó Gustav Klimt en 1907. Me quedé, insisto, con el drama vivido por quien fue la única heredera sobreviviente, olvidándome en el fondo de la problemática jurídica que traía consigo.

Un olvido que terminó abruptamente cuando leí, leímos, el estudio que se trajo a nuestra consideración. El Profesor Ortega Giménez consiguió llevarnos hacia uno de los desafíos jurídicos más complejos de nuestro tiempo: la restitución de bienes culturales desplazados, expoliados o adquiridos en contextos de dominación, guerra o desequilibrio económico.

Y lo consiguió, como es de imaginar, desde la perspectiva del derecho internacional, una disciplina que, como él demuestra con brillantez, no es meramente técnica, sino también profundamente política y humana a la vez.

IV. Alfred Hitchcock me diría que me quedara aquí. Cuando estrenó *Psicosis* recomendaba encarecidamente a los espectadores que no contaran la película. La maldición del conocimiento, explicaban los psicólogos. Inicialmente no pretendía enfrentarme a la maldición. O quizá sí. Lo cierto es que he sucumbido y no puedo terminar sin una breve alusión al caso Cassirer del que se han hecho eco los medios de comunicación en los últimos tiempos.

Lo siento por Hitchcock, pero en mi caso la maldición del conocimiento no funcionó, al contrario, la lectura de la obra premiada constituyó un revulsivo. Debo confesarles que la noticia con otros ojos, con los ojos que me abrieron las páginas escritas por el profesor Ortega. Ustedes cuando las lean también lo harán y se plantearán cual podrá ser la decisión de la Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, con sede en California, respecto al cuadro de Camille Pissarro expropiado por el régimen Nazi a la familia Cassirer y adquirido por la Fundación Thyssen-Bornemisza años después. La anulación por la Corte Suprema de EE. UU. de la resolución del tribunal de apelaciones declarando que la Fundación no estaba obligada a devolver la pintura en cuestión vuelve a abrir interrogantes pasados y

en la búsqueda de su respuesta solo puedo recomendarles el libro que hoy se presenta.

V. Y, ahora sí, debo terminar. Felicitando, como no podía ser de otra forma, al Doctor D. Alfonso Ortega Giménez con el deseo que este reconocimiento se convierta en una de aquellas pequeñas cosas que, sin guardarlas en el cajón, nos permiten poner rumbo a ese océano de incertidumbre en el que estamos inmersos y navegar por sus aguas desde el estímulo a seguir creando, investigando y enseñando con la misma pasión que ha guiado su trayectoria hasta ahora.

María Pía Calderón Cuadrado
Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S. (coord.): *Nuevos problemas y nuevas soluciones en el teletrabajo transfronterizo*, Aranzadi, 2024, 518 pp.



La presente obra colectiva está compuesta por 26 capítulos interdisciplinarios y multidisciplinarios, y su publicación suma un nuevo hito al Proyecto de investigación liderado por el Prof. Alfonso Ortega Giménez denominado "Teletrabajo transfronterizo y Derecho internacional privado". En esta obra es destacable el gran esfuerzo realizado al aunar académicos y estudiantes de distintas Universidades y Áreas de conocimiento (Derecho internacional privado, Derecho del trabajo y de la seguridad social, Derecho mercantil, Derecho constitucional, Derecho civil, y Derecho financiero y tributario), así como a profesionales del Derecho (Jueces, Magistrados, Letrados de la Administración de Justicia, Asesores legales, Abogados, Notarios, Peritos judiciales). Todos ellos de distintos lugares del mundo (España, Andorra, Chile, Paraguay, Uruguay, Canadá y Reino Unido). El abordaje interdisciplinario, multidisciplinario, y de Derecho comparado se hace imprescindible para: 1) en primer lugar, visibilizar la problemática local que surge

entorno a la movilidad de trabajadores y el ejercicio del trabajo a distancia; y 2), en segundo lugar, proporcionar las soluciones adecuadas a cada uno de los problemas detectados que giran en torno al uso de las nuevas tecnologías por los trabajadores a distancia, los derechos y obligaciones de los teletrabajadores, el control de la actividad laboral, la constitución de las sociedades empresariales y la protección transfronteriza de sus intereses o secretos profesionales.

Aunque la obra no se halla dividida en bloques temáticos, atendiendo al contenido de las diferentes contribuciones, podemos afirmar que éstas giran en torno a varios ejes temáticos como son: 1) la seguridad social del teletrabajador (Capítulo 1 -pp.27-36-, y Capítulo 5 -pp.91-118-); 2) derechos de los teletrabajadores vinculados a la prevención de riesgos laborales (Capítulo 2 -pp.37-58-), la protección de datos transfronteriza (Capítulo 3 -pp.59-78-), el derecho a la imagen e intimidad (Capítulo 10 -pp.185-206), y el derecho a la conciliación laboral familiar (Capítulo 8 -pp. 151-158-); 3) las obligaciones de los teletrabajadores tales como la protección transfronteriza del secreto empresarial (Capítulo 6 -pp.119-130) y el control de la actividad laboral de los trabajadores a distancia (Capítulo 23 -pp. 461-470-); 4) los litigios laborales transfronterizos y el lugar de desempeño de la actividad laboral (Capítulo 4 -pp. 79-90-, Capítulo 11 -pp.207-218- y Capítulo 24 -pp. 471-480); 5) los impedimentos en el acceso al teletrabajo y dudas sobre la vis atractiva del teletrabajo para trabajadores extranjeros y para sociedades mercantiles (Capítulo 14 -pp.273-282-, Capítulo 17 -pp. 305-336-, Capítulo 18 -pp.337-366-, y Capítulo 19 -pp. 367-390-); 6) la inteligencia artificial y el uso de las nuevas tecnologías en el ejercicio del teletrabajo (Capítulo 7 -pp. 131-150-, Capítulo 9 -pp. 159-184-, y Capítulo 16 -pp. 293-304-) ; 7) la documentación de los teletrabajadores extranjeros en España y su incidencia en el pago de impuestos (Capítulo 20 -pp. 391-420-, y Capítulo 21 -pp. 421-430); y 8) el análisis del teletrabajo en Derecho comparado con Chile (Capítulo 12 -pp. 219-248, y Capítulo 13 -pp. 249- 272-), Andorra (Capítulo 15 -pp. 283-292-), Canadá (Capítulo 22 -pp. 431-460), Reino Unido (*Ibidem* Capítulo 23), Paraguay (Capítulo 25-pp. 481-498-), y Uruguay (Capítulo 26 -pp. 499-517).

La problemática alrededor del ejercicio del teletrabajo surge desde la llegada a España de los trabajadores extranjeros, por lo que comenzaremos el presente comentario por su abordaje desde el Derecho de extranjería español. En ese sentido, debemos remarcar que el teletrabajo se ha realizado bajo diferentes modalidades de autorizaciones de estancia, residencia y/o trabajo y diferentes regímenes legales de extranjería, antes de la creación de la autorización de residencia y trabajo del teletrabajador de carácter internacional (*Vid.* Serrano Sánchez, Lucía I., 2023, "Teletrabajadores a distancia extranjeros y derecho de extranjería. ¿Quiénes son y cuál es su estatus jurídico?" en *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el S.XXI*, Tirant lo Blanch, pp. 491-516.). Una autorización de residencia

que permite trabajar tanto por cuenta ajena como por cuenta propia (Vid. Heredia Sánchez, Lerdys Saray, 2023, "La creación de un sistema paralelo de extranjería a partir de la regulación de la figura del teletrabajador extranjero en España" en *Teletrabajo y derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Aranzadi, 2023, pp.207-230), pero cuya obtención, según la autora del Capítulo 21 de la presente obra, resulta difícil para los inmigrantes latinoamericanos al no poder constatar su cualificación profesional obtenida de una institución prestigiosa o su experiencia laboral, por lo que sugiere una enmienda a la legislación de extranjería (pp. 427-428).

Una vez que los extranjeros acceden y permanecen en España amparados por el Derecho de extranjería español, se encuentran con la problemática fiscal de dónde pagan los impuestos si son trabajadores por cuenta ajena de una empresa radicada fuera de España, o prestan sus servicios a clientes radicados en su mayoría fuera de España y algunos radicados en España. Para responder a esta cuestión la Catedrática María Teresa Mata Sierra indica que se debe atender a si se ha producido un cambio de residencia fiscal como a los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España (pp. 391-420).

El pago de impuestos no es la única preocupación de los teletrabajadores extranjeros, y en su caso de su empleador, antes de su movilidad voluntaria a España, sino, también, la relativa al lugar de filiación, pago y suma de cotizaciones de la seguridad social después de su llegada a España. A estas cuestiones tratan de responder tanto el Juez sustituto y doctorando MANZORRO REYES como la Dra. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ (profesora del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universitat de València), respectivamente en los Capítulos I y 5. El primero de los autores citados destacaría los acuerdos multilaterales para la coordinación de las competencias en materia de seguridad social (p. 34), mientras la segunda se centra en la labor interpretativa realizada por la Comisión administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social (pp. 91-118).

Otra de las preocupaciones incipientes de los teletrabajadores extranjeros, y en su caso del empleador, gira alrededor de la prevención de riesgos laborales en el ejercicio de su actividad laboral o profesional. Al respecto el Dr. Pazos Pérez, Prof. Titular y magistrado destaca el marco legal laboral internacional y el estatal por el cual se establece que debe formalizarse el trabajo a distancia en un acuerdo expreso y por escrito, teniendo este un carácter voluntario (p. 41). Dentro de la noción de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo estarían: la gestión y vigilancia de la salud psicológica, atribuible al empresario (pp. 43 y 47-48), y el derecho a la desconexión digital (p. 52). Además de la anterior problemática, estaría la relativa a la protección de datos transfronteriza y el derecho a la imagen e intimidad del teletrabajador. En ese sentido, el Dr. Ortega Jiménez, indica que el

Reglamento de protección de datos se convierte en una especie de ley policía en los supuestos que el teletrabajador trabaja en un Estado miembro de la UE o su centro de trabajo se encuentra en la UE (p. 66). La Dra. Ramón Fernández desde el marco legal de la UE y la ley material española se encarga de analizar el derecho a la imagen en el teletrabajo para evitar intromisiones ilegítimas cuando se esté grabando al teletrabajador mientras desarrolla su actividad laboral o profesional. También, la protección de datos de los teletrabajadores, y el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (pp. 185-206). Y, por último, la señora Constanza Taccari estaría decantándose por definir el teletrabajo como una medida de conciliación laboral-familiar (pp. 151-158).

Vinculado con lo anterior está el control o vigilancia de la actividad laboral de los trabajadores a distancia y las obligaciones de los teletrabajadores respecto de su empleador o clientes. Con respecto al primero, la Profa. Vargas Martínez se encarga de exponer las implicaciones de las políticas internas de las empresas por la que se establece la vigilancia de los teletrabajadores, su monitorización y el uso responsable de los dispositivos y la información. Un análisis que se realiza desde el marco de Derecho comparado con el Reino Unido (pp. 461-470). Por su parte, la asesora legal Casamayor de Blas se encarga de analizar el deber de confidencialidad en el marco de la relación laboral del teletrabajador, pudiendo dar su incumplimiento a la extinción de la relación laboral, así como, en ocasiones, a responsabilidad penal (pp. 119-130).

El uso de aplicaciones, nuevas tecnologías, y de la inteligencia artificial no solo se realiza por parte del empresario o empleador en el marco de la relación laboral o empresarial, sino también por parte del teletrabajador. En ese sentido, el Prof. Sustituto interino D. Carlos Domínguez Padilla se centra en analizar las tecnologías de registro descentralizado y en la competencia judicial internacional (pp.131-150). La investigadora Ramón y Cajal Doña Elena Atienza Macías se encarga de reflexionar sobre la robotización y el teletrabajo en el contexto sanitario (pp. 159-184). Y el abogado y perito judicial, D. José Francisco Barragán Palomo analiza la regulación internacional de la ciberseguridad en el teletrabajo (pp. 293-304).

Asimismo, debe tenerse en cuenta los impedimentos en el acceso al teletrabajo y dudas sobre la vis atractiva del teletrabajo para trabajadores extranjeros y para sociedades mercantiles en España. En ese sentido, la señora Telles de Lima expone la interrelación entre los cuidados con el teletrabajo, la cual provoca una discriminación de la mujer (pp. 277-278). La profa. Heredia Sánchez se encarga de analizar la incorporación de los extranjeros al mercado laboral español y la brecha digital (pp. 305-336). La profa. García Miguélez se encarga de distinguir entre el teletrabajo que se ampara en la libertad de circulación y el que no (pp. 337-366).

Y la Profa. Serrano Segarra del análisis de la normativa comunitaria y española de digitalización de las sociedades mercantiles (pp.367-390).

A lo anterior se agrega el debate sobre el lugar de desempeño de la actividad laboral en el teletrabajo y los litigios transfronterizos que pudieran surgir en su desempeño. En ese sentido, el señor Gimeno Ruiz, letrado de Administración de Justicia, se encarga de analizar la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo, adentrándose en normas multilaterales y bilaterales (pp.79-90). Los profesores Marrero González y Herrero Elejalde se adentran en el análisis del lugar de desempeño habitual de trabajo en el marco de la determinación de la competencia judicial internacional y ley aplicable a la modificación unilateral del acuerdo de teletrabajo (pp. 207-2018). Y la Profa. Vargas Martínez analiza dónde se desempeña el trabajo en el metaverso (pp. 471-480).

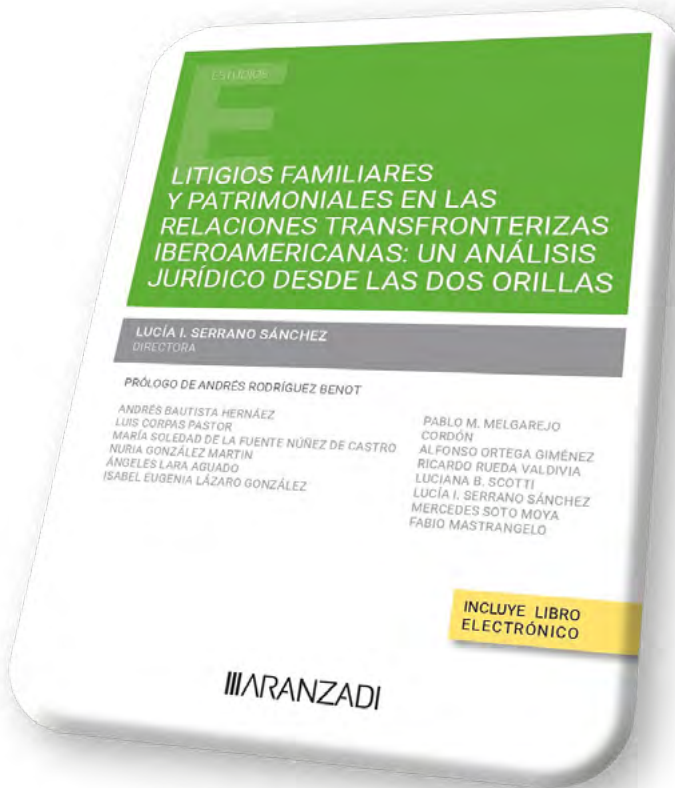
Como se pueda observar las aristas del ejercicio del teletrabajo, como esta obra, son muy amplias, y por ese motivo, se hizo necesaria su albergue inter y multidisciplinar. Ahora bien, no podemos finalizar esta reseña sin hacer alusión al análisis de los anteriores ítems en el Derecho chileno, andorrano, canadiense, británico, paraguayo, y uruguayo. Un Derecho comparado de obligada lectura por legisladores, académicos, y juristas que se precien, para detectar las fallas internas y proporcionar soluciones desde el marco legal del Derecho internacional privado.

Por todo lo anteriormente expuesto, debemos felicitar a cada uno de los autores de esta obra colectiva, así como al Director (D. Alfonso Ortega Giménez) y Coordinadora de la misma (Doña Lerdys Saray Heredia Sánchez), quienes han sabido magistralmente aunar fuerzas de un amplio electo del sector de la doctrina española y extranjera, todos ellos especialistas en trabajo a distancia.

Lucía I. Serrano Sánchez

Profesora Permanente Laboral de Derecho Internacional Privado
Universidad de Málaga

SERRANO SÁNCHEZ, L. I. (dir): *Litigios familiares y patrimoniales transfronterizos de españoles residentes en Iberoamérica e iberoamericanos residentes en España*, Aranzadi, 2025, 409 pp.



La obra que se presenta en las siguientes líneas se inserta en el estudio de las familias transnacionales, tema actual y de gran relevancia para el Derecho internacional privado en el Siglo XXI y que, como destaca el profesor RODRÍGUEZ BENOT en el prólogo, “el presente libro tiene por virtud utilizar la técnica comparada, tan conveniente como cercana a la propia investigación del DIPr”. Especialmente, si tenemos en cuenta el notable aumento de la presencia de familias transnacionales de origen iberoamericano en España en los últimos años (fundamentalmente de nacionales colombianos, argentinos, venezolanos, peruanos y hondureños), así como de españoles en el continente latinoamericano, encontramos el acicate perfecto que justifica el hecho de que esta obra esté destinada a detectar los principales problemas prácticos de aplicación de las normas, tanto de Derecho internacional privado, como de Derecho internacional público y de Derecho interno de familia,

en ambos lados del Atlántico y de cuyo estudio surgen importantes reflexiones en torno a, por ejemplo, si es necesario o no renovar o crear Convenios bilaterales o multilaterales en materia de familia para extender la tutela de los derechos fundamentales de los españoles residentes en Iberoamérica, entre otros muchos aspectos que son analizados en el libro.

La particularidad de que esta obra cuente con autores de “aquí y de allá” dota de un gran valor al estudio ya que, al permitir la aplicación del método del Derecho comparado, sin sesgo formativo, es útil tanto para la academia como para los prácticos del Derecho. En consecuencia, se pone a disposición de la comunidad científica una obra colectiva que se centra en el Derecho de familia internacional, en particular, en las relaciones transfronterizas entre españoles y nacionales de Iberoamérica como son las establecidas con ciudadanos de Argentina, El Salvador, México y Paraguay.

Esta obra colectiva da buena cuenta del trabajo dirigido por la profesora Lucía Serrano Sánchez, como investigadora principal del Proyecto de Investigación de la Universidad de Málaga del cual es fruto y que da lugar a un amplio estudio “acomodado” en trece capítulos en los que se abordan las cuestiones que se detallan seguidamente.

En el capítulo primero la profesora Ángeles Lara Aguado aborda “La identidad personal de las personas trans en Derecho internacional privado: lagunas e interrogantes abiertos en las legislaciones española y salvadoreña”, mediante un análisis que permite incidir en aquellas cuestiones legales aún pendientes en la normativa española para resolver situaciones transfronterizas que inciden en este aspecto clave del estatuto personal.

En el segundo capítulo, Isabel Lázaro González es la encargada de abordar el tema de “La mediación familiar transfronteriza: avances y algunas dificultades a las que se enfrenta”, en el que hace un análisis desde lo general (definición de este mecanismo en Derecho internacional privado) a lo particular, centrada en el papel de la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores, aunque más adelante se vuelve al estudio de la sustracción internacional de menores: en el capítulo once como “Un tema esencial en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes: ¿regreso seguro? Análisis a la luz de la jurisprudencia de Córdoba (Argentina), por Fabio Mastrangelo y en el doce, bajo el título “Córdoba vs. Paraguay: ¿Estamos ante un caso de demora de una orden de ejecución de restitución más que de una falta de ley procesal?, elaborado por Nuria González Martín, como puede apreciarse de su lectura, ambos capítulos inciden desde la perspectiva particular de estos países en el estudio de la sustracción internacional de menores y analizan jurisprudencia relevante en esta materia, lo que dota al estudio de un contenido práctico muy relevante.

Por su parte, los capítulos tres y cuatro se dirigen, respectivamente, al estudio de las parejas internacionales; por un lado, el profesor Ortega Giménez aborda de una manera muy práctica el fenómeno de los matrimonios de conveniencia, de tanta relevancia en el contexto actual, con el título "Matrimonios de conveniencia en España" y, por otro, la profesora Soto Moya, bajo el título "Régimen patrimonial de las parejas registradas y de hecho en España", se centra en el estudio del régimen económico aplicable a las parejas de hecho registradas y transfronterizas según si se aplica el RUE 2026/1104 o no, y en esta misma línea -las parejas transfronterizas- mucho más adelante en el libro se inserta el capítulo octavo cuando el autor Corpas Pastor trata "Las relaciones patrimoniales de las parejas del mismo sexo en España", volviendo a analizar, entre otros temas, el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho y su implicación patrimonial en ámbitos como el sucesorio o el fiscal, aportando un estudio muy completo de las implicaciones prácticas que comportan.

El capítulo quinto está dedicado a "Las reclamaciones transfronterizas de alimentos a favor de hijos menores en las relaciones bilaterales entre El Salvador y España", a cargo de Ricardo Rueda Valdivia, el que con una perspectiva clara de Derecho comparado se mete de lleno a analizar esta tipología de situaciones privadas internacionales según si se suscitan en España o en El Salvador, dando cuenta de la inexistencia entre ambos países de un sistema de cooperación de autoridades que facilite a los menores residentes en uno de ellos la obtención de alimentos y ofrece una propuesta de *lege ferenda* para colmar esta laguna.

El capítulo seis hace referencia a las sucesiones transfronterizas y bajo el título "Sucesiones internacionales entre las dos orillas. España y el Salvador", el investigador Pablo Melgarejo Cerdón aborda, nuevamente en perspectiva comparada, las normas aplicables desde el foro español y desde el foro situado en El Salvador, para detectar la problemática presente en el Derecho positivo del país latino debido a la ausencia de normas de conflicto en esta materia.

Con el capítulo séptimo se pone frente al lector un nuevo tema: la "Responsabilidad derivada de la parentalidad por subrogación en el ordenamiento jurídico interno e internacional", a cargo de María Soledad de la Fuente Núñez de Castro, en el cual se pone en el centro del estudio una cuestión de gran relevancia práctica como es el de la determinación de la filiación de los nacidos por medio de gestación subrogada y la autora analiza todas las dificultades prácticas que entraña este tipo de filiación en Derecho internacional privado con el recurso final a la adopción; como sucede con otros temas, nuevamente nos tenemos que ir a unos capítulos más adelante, en concreto al nueve y al trece, para volver sobre el estudio de la responsabilidad parental y la protección de menores: en el noveno se aborda, por parte de Ana Villalta Vizcarra, la perspectiva comparada con "El Salvador y la Conferencia de la Haya sobre

Derecho internacional privado en materia de menores”; y en el ya mencionado trece se aportan “Reflexiones en torno a la protección de los menores migrantes y su vida familiar en el sistema interamericano”, a cargo de Andrés Bautista-Hernández, en el que hace un análisis muy completo de la figura del menor migrante y las consideraciones jurisprudenciales de su protección según el sistema interamericano.

Para entrar a fondo en la figura de la adopción internacional nos encontramos con el estudio realizado en el capítulo décimo por Luciana Scotti, quien bajo el título “La adopción internacional en España y América Latina. La situación particular de la República Argentina”, se dedica a analizar de manera amplia esta figura clásica de Derecho internacional privado, tanto en su dimensión conceptual como regulatoria y, particularmente, en cómo se trata esta figura en el Derecho argentino, sin dejar de lado el caso de España.

Ante tal variedad de temas y enfoques hubiera sido deseable aunar los temas relativos a cuestiones comunes en apartados o partes del índice de la obra que faciliten al lector el seguimiento de los temas más relacionados entre sí. No obstante, ello no empaña en lo absoluto el valor de cada una de las aportaciones por separado y menos aún de su resultado conjunto.

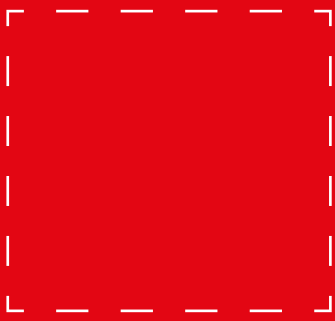
No podemos perder de vista que en un mundo cada vez más conectado las familias transnacionales enfrentan complejos retos legales que en esta obra colectiva se analizan desde una perspectiva coral y a través de una técnica comparada en la que se analizan normas y pronunciamientos legales para superar las divergencias del Derecho internacional privado de los países involucrados.

Por último, es necesario señalar que este libro destaca por la riqueza profesional y por la procedencia geográfica de sus autores y desde su publicación pasa a ser una referencia esencial para comprender y avanzar en la continuidad transfronteriza de las relaciones de las familias iberoamericanas.

Lerdys Saray Heredia Sánchez
Profesora Ayudante Dra. de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche



SECCIÓN ESPECIAL
DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO Y
SOSTENIBILIDAD



NOTA INTRODUCTORIA SOBRE UN PROYECTO Y UN PROFUNDO AGRADECIMIENTO

El Derecho constituye una realidad cambiante como pocas. Su natural función reguladora se combina con su adaptabilidad a los cambios sociales, y una inmensa capacidad transformadora; funciones y virtudes que adquieren una trascendencia especial en un entorno de acelerada aceleración como el que vivimos hoy en día.

Las distintas aportaciones que se incluyen en esta sección especial de la Revista boliviana de Derecho reflejan con plenitud estas tres ideas de dirección, adaptación y cambio. Todas ellas ofrecen visiones diversas de un conjunto de materias plurales, pero interconectadas. Todas ellas coinciden en asumir como premisa y línea argumental la idea nuclear de la sostenibilidad, aportando respuestas, y propuestas, a las distintas cuestiones tratadas a partir de esta noción. Todas ellas coinciden en el hecho de venir escritas por jóvenes investigadores de diversas Universidades, públicas y privadas, de España. Y todas ellas, además, recogen, y amplían, en papel, las contribuciones realizadas al Primer Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Internacional Privado y sostenibilidad, desarrollado en la Universidad de Valencia el 5 de noviembre de 2024, en el marco del Proyecto PROMETEO - GVA - CIPROM 2023 - Justicia sostenible en estado de mudanza global, que dirige la Profa. Dra. Dra. *h.c. mult* Silvia Barona Vilar, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia.

Los trabajos presentados pueden incardinarse en tres grandes, e interconectados, bloques. El primero refiere al impacto de la idea de sostenibilidad en el Derecho internacional privado, como banco de pruebas para una valoración de una incidencia global en el derecho. Así, la Dra. Lucía I. Serrano Sánchez, de la Universidad de Málaga, trata la cuestión clave de “La interacción entre el ODS 5, meta 5.3 y el Derecho internacional privado español en materia de matrimonio. una propuesta de *lege ferenda*”. Y a partir de ello, e incidiendo específicamente en la temática de la resolución de disputas transfronterizas, el Dr. Josep Gunnar Horrar, de la Universidad de las Islas Baleares, aborda la cuestión de “La aplicación del foro en materia extracontractual en el ámbito medioambiental y la posible creación de un foro de necesidad en el ámbito de la Unión Europea”, un tema de enorme actualidad y trascendencia creciente en un entorno integrado jurídicamente como el de la Unión. Y la Dra. Silvana Canales Gutiérrez, de la Universidad de Gerona, confronta la también actual problemática de “La sostenibilidad de las plataformas en línea de la Unión Europea, ¿mito o realidad?”.

Un segundo sector trata la incidencia práctica que la idea de sostenibilidad tiene en la práctica del comercio internacional; un sector independiente del Derecho que cuenta con unas pautas propias, y en el que el arbitraje comercial internacional

y, también, el arbitraje de inversiones, presentan un enorme protagonismo. Dentro de este segundo gran ámbito se incluye la aportación de la Dra. Irene Merino Calle sobre “Las cláusulas medioambientales en los tratados bilaterales de inversión y su preocupación para el arbitraje de inversiones ¿cumpliendo la meta de los ODS 2030?”. Y, a modo de proyección práctica de lo anterior, el aporte del Dr. Diego Agulló Agulló, de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), que trata la cuestión del “Derecho aplicable y principio de integración sistémica en el arbitraje de inversiones”, una temática en la que la sostenibilidad está presente en su doble dimensión de sostenibilidad de la institución, y de presencia de disputas con este trasfondo solventadas a través de ella.

El tercer gran sector refiere a la dimensión de derechos humanos que subyace en la problemática de la sostenibilidad. Aquí, la Dra. Maria Chiara Marullo, de la Universidad Jaume I de Castellón, se cuestiona sobre “Los litigios civiles transnacionales europeos: trascendiendo la diligencia debida empresarial”. Preguntándose, para concluir, el Dr. Lucas Andrés Pérez Martín, de la Universidad de Las Palmas sobre “La irresistible y pendiente interpretación jurisprudencial de un Derecho internacional privado europeo en el marco de los derechos fundamentales”, una reflexión final en la que se aborda la interpretación de la disciplina, y no solo de ella, en clave de derechos fundamentales; también en relación con la potencial existencia de un derecho fundamental, presente y a futuro, al medio ambiente.

Los diversos estudios ofrecen una visión panorámica del impacto que ciertas nociones novedosas, como la de sostenibilidad, presentan en el diseño, interpretación y práctica del derecho. Planteando de manera descarnada el interrogante abierto de si nos encontramos ante un objetivo, un principio, una línea argumentativa o interpretativa o un mecanismo de ponderación, entre otras perspectivas posibles. La Revista Boliviana de Derecho, tan atenta como siempre a las nuevas fronteras jurídicas acoge, hoy, este debate inacabado en sus páginas. Seguro que vendrán más en el futuro. Pero mientras ello ocurre, no podemos sino agradecer al Consejo editorial de la Revista, y especialmente, al Prof. Dr. D. José Ramón de Verda y Beamonte, ilustre Catedrático de Derecho civil de la Universitat de València, por la invitación formulada para elaborar esta sección especial.

Carlos Esplugues Mota

Catedrático de Derecho internacional privado

Universitat de València

Director del Primer Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Internacional Privado y sostenibilidad

LA INTERACCIÓN ENTRE EL ODS 5, META 5.3 Y EL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL EN
MATERIA DE MATRIMONIO. UNA PROPUESTA DE
*LEGE FERENDA**

*THE INTERACTION BETWEEN SDG 5, TARGET 5.3, AND
SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW ON MARRIAGE. A
PROPOSAL BY LEGE FERENDA*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 794-819

* El presente artículo está basado en la ponencia presentada al Primer Encuentro de Jóvenes investigadores en Derecho internacional privado y sostenibilidad realizado en el marco del proyecto jusost - Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST) - CIPROM 2023-64 (GV).

Lucía I.
SERRANO-
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: La Agenda 2030 de Naciones Unidas, a pesar de ser una norma de *soft law*, ha sido incorporada en el DIPriv. autónomo por algunos Estados. A nuestro modo de entender, el ODS 5, Meta 5.3, debe ser utilizado como guía, principio, y derecho en la regulación del derecho al matrimonio, incorporándolo al DIPriv. español en forma de garantías procedimentales que eviten los matrimonios forzados, pero que respeten las capacidades evolutivas del ser humano. En este trabajo se exponen las fortalezas y debilidades del sistema matrimonial español, y se realizan propuestas de *lege ferenda* para su mejora.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio forzado; ODS 5, meta 5.3; Derecho internacional privado español.

ABSTRACT: *The United Nations 2030 Agenda, despite being a soft law, has been incorporated into autonomous private international law by some States. In our understanding, SDG 5, Target 5.3, should be used as a guide, principle, and right in regulating the right to marriage, incorporating it into Spanish private international law in the form of procedural guarantees that prevent forced marriages while respecting the evolving capacities of human beings. This paper presents the strengths and weaknesses of the Spanish marriage system and makes de lege ferenda proposals for its improvement.*

KEY WORDS: *Forced marriage; SDG 5, target 5.3; Spanish private international law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: EL *IUS NUBIENDI* DE LOS PÚBERES EN EL MARCO LEGAL INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.- II. EL ODS 5, META 5.3, Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.- I. Competencia judicial internacional en la adopción de medidas de protección de menores emancipados.- A) *Autoridades españolas competentes para la celebración del matrimonio.*- B) *Foros de competencia aplicables para la adopción de medidas de protección.*- 2. Ley aplicable en materia de celebración de matrimonio internacional y protección del menor de edad contrayente. Propuesta de *lege ferenda*.- A) *Ley aplicable a la capacidad y consentimiento del contrayente menor de edad.*- B) *Ley aplicable para la adopción de medidas de protección del contrayente menor de edad para evitar los matrimonios forzados, concertados, o de conveniencia.*- 3. El ODS 5, meta 5.3, y las Leyes de policía españolas.- A) *Derecho de extranjería.*- B) *Derecho penal.*- III. LÍMITES A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO DEL CÓNYUGE ESPAÑOL EN UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE, Y AL RECONOCIMIENTO DE SU ESTADO CIVIL.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL *IUS NUBIENDI* DE LOS PÚBERES EN EL MARCO LEGAL INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

El marco legal internacional^I del *ius nubiendi* de los adolescentes de 16 y 17 años es un derecho social en constante evolución que ha pasado por distintas etapas históricas en las que el orden público internacional se ha ido configurando como derecho sustantivo que regula las creencias, principios y valores morales

I El marco legal internacional del *ius nubiendi* de los adolescentes en España está conformado por los siguientes instrumentos de *hard law* y *soft law*: 1) art.16 de la Declaración universal de derechos humanos de 1948 -DUDH-; 2) art. 12 Convenio europeo de derechos humanos de 1950 -CEDH-; 3) art. 12 Convención sobre el estatuto de los refugiados; 4) art. 2 de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer el matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962; 5) el Principio II de la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 1 de noviembre de 1965, Resolución 2018 (XX); 6) art. 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 -PIDCP-; 7) art. 16.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; 8) art. 9 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea del 2000 -CDFUE-; 9) Observación General núm. 4, del Comité de los derechos del niño, sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 21 de julio de 2003; 10) Resolución 1468 sobre matrimonios forzados y matrimonios infantiles de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa del año 2005; 11) párr. 20 de la Recomendación general núm.31 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y Observación general núm.18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas, adaptadas de manera conjunta del año 2014; 12) Agenda 2030 en su Objetivo núm. 5, meta 5.3; y 13) Recomendación General núm. 31 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y Observación general núm.18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas, adaptadas de manera conjunta del año 2014, revisada a 8 de mayo del año 2019. CEDAW/C/GC/31/Rev.I-CRC/C/GC/18/Rev.I.

• Lucía I. Serrano-Sánchez

Profesora Permanente Laboral del Área de Derecho internacional privado, Departamento de Derecho privado especial, Universidad de Málaga. ORCID: 0000-0001-5596-5465. Email: luciaserrano@uma.es. Este trabajo ha sido realizado en el marco del: Proyecto “El derecho al respecto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica”. PID2020-113061GB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033; del Proyecto de la Universidad de Málaga denominado “Litigios transfronterizos familiares y patrimoniales de españoles residentes en Iberoamérica y viceversa”. Código del proyecto: BI-2023-049; del Proyecto “Nuevos retos y reformas pendientes de la justicia penal de menores”. PID2021-125718NB-I00; del Grupo de investigación de la Universidad de Granada, “SEJ175. Unión Europea, Derecho internacional privado y Derecho comparado”; y del Grupo de investigación de la Universidad de León (506) titulado “Derecho europeo, historia jurídica, y organizaciones sociales-EUROHIST.org.

de la sociedad internacional, aplicándose en sentido negativo o positivo a la hora de aplicar el Derecho extranjero invocado por la norma de conflicto aplicable en materia de capacidad para contraer matrimonio, pudiendo este orden público internacional estar alineado o no con el orden público nacional de cada Estado, siendo aquel concepto de orden público más restringido que este otro².

En ese sentido, debemos señalar que existe una primera etapa en la regulación internacional del *ius nubiendi*, desde el año 1948 al año 2003, en el que la edad mínima para contraer matrimonio no se estableció en ninguna norma internacional vinculante para España, sino que se atribuía la potestad reguladora sobre esta materia a los Estados. Una idea que podemos extraer de la lectura de los siguientes preceptos: 1) el art. 16 de la DUDH³; 2) el art.12 CEDH⁴; 3) el art. 12 Convención sobre el estatuto de los refugiados⁵; 4) el art. 2 Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio⁶; 5) el art. 23 PIDCP⁷; 6) el art. 16.2 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979⁸; 7) el art. 9 CDFUE⁹; y 8) el párr. 9 Observación General núm. 4 del Comité de los derechos del niño¹⁰.

Sin embargo, en el año 1965 en el seno de Naciones Unidas se inicia un cambio sustancial en la materia al realizar una recomendación a los Estados consistente en regular en su legislación interna que la edad mínima para contraer matrimonio es 15 años, estableciendo garantías al efecto. Así viene recogido en el Principio II de la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima

- 2 Cfr., entre otros, THOMA, I.: "Public policy (ordre public)", in BASEDOW, J. et al (ed.): *Encyclopedia of Private International Law*, Vol. 2, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 1453-1460. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado, decimosegunda edición*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2022, pp. 179-182. ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado, 17ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 270-272.
- 3 ONU. Declaración Universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- 4 ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.
- 5 ESPAÑA. Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.
- 6 ESPAÑA. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma. BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969.
- 7 ESPAÑA. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.
- 8 ESPAÑA. Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984.
- 9 UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.
- 10 ONU. Observación general N° 4 (2003): La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003.

para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 1 de noviembre de 1965, Resolución 2018 (XX)¹¹.

Casi medio siglo después, la misma Organización internacional (ONU) pasó a recomendar como edad mínima para contraer matrimonio los 16 años (párr. 20 Recomendación general núm.31 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y Observación general núm.18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas, adaptadas de manera conjunta del año 2014¹²).

Y finalmente, desde el año 2005 hasta ahora, tanto el Consejo de Europa (en el año 2005, con la Resolución núm. 1418 del año 2005 sobre matrimonios forzados y matrimonios infantiles¹³), como la ONU (en el año 2015, con la Agenda 2030¹⁴, y en el año 2018, con la revisión de la Recomendación General núm. 31 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y Observación general núm.18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas, adaptadas de manera conjunta del año 2014¹⁵) y la UE (en el año 2018, con la Resolución del Parlamento europeo, de 4 de julio de 2018, titulada "Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados: próximas etapas"¹⁶), recomiendan elevar a 18 años la edad mínima para contraer matrimonio.

Sin embargo, hay que deslindar la cuestión de la capacidad para contraer matrimonio establecida en el orden público internacional, de las garantías procedimentales para otorgarle efectos a aquel y para evitar matrimonios forzados, concertados o de conveniencia; así como de la obligatoriedad de la implementación del ODS 5, meta 5.3 de la Agenda 2030 en el ordenamiento jurídico español en forma de prohibición del matrimonio de menores.

Una de las principales preguntas que nos surgieron en la realización del presente trabajo tiene que ver con la interpretación del ODS 5, Meta 5.3, relativo a la eliminación de todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil,

11 ONU. Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Resolución 2018 (XX) de la Asamblea General, de 1 de noviembre de 1965.

12 ONU. Recomendación General N° 31 del CEDAW y N° 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, de 14 de noviembre de 2014.

13 CONSEJO DE EUROPA. Resolución 1468 (2005). Forced marriages and child marriages. Disponible en: <https://pace.coe.int/en/files/17380#trace-4>.

14 Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>.

15 CEDAW/C/GC/31/Rev.1–CRC/C/GC/18/Rev.1.

16 UNIÓN EUROPEA. P8_TA (2018)0292. Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2018, titulada «Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados: próximas etapas» (2017/2275(INI)). Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0292_ES.pdf.

precoz y forzado¹⁷, como medida dirigida a lograr la igualdad entre los géneros y a empoderar a todas las mujeres y las niñas. Una medida que entendemos que debe incorporarse al Derecho internacional privado español en forma de principio, garantía y derecho, pero no con la prohibición de los matrimonios de adolescentes de 16 y 17 años que acrediten suficiente madurez e independencia cultural y tradicional, pues, en caso contrario, se estaría legislando en contra de las capacidades evolutivas y en desarrollo del ser humano. Con esa finalidad, el ODS 5, Meta 5.3, a nuestro modo de entender sería aplicable como principio rector e informador del ordenamiento jurídico español que vertebraba toda la regulación relativa a los adolescentes en edad núbil, además de garantizar el desarrollo evolutivo del menor, y de proporcionar garantías para evadir cualquier práctica nociva, precoz y forzada. Esto es así, en primer lugar, porque la Agenda 2030 es una norma de *soft law*, y, por tanto, no vinculante. Y, en segundo lugar, porque la edad mínima para contraer matrimonio según el orden público internacional, desde el año 2014, estaría de manera excepcional en los 16 años (párr. 20 de la Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas¹⁸).

Las garantías para evitar los matrimonios forzados están establecidas por el orden público internacional, y entendemos que estas sí son de debido cumplimiento, pudiendo ocasionar el desplazamiento de la aplicación del Derecho extranjero a la hora de determinar la capacidad, consentimiento, o forma del matrimonio internacional. Estas garantías procedimentales en la celebración del matrimonio internacional consisten en: 1) elevar la capacidad para contraer matrimonio a los 18 años; 2) como regla excepcional, se permite contraer matrimonio a los menores de 16 años con dispensa judicial; 3) en este último caso, la comparecencia ante autoridad judicial es obligatoria; 4) se recogen motivos excepcionales legítimos para permitir contraer matrimonio a menores de edad tales como: la prueba de la madurez del menor y su capacidad para contraer matrimonio; y la prueba de no estar influenciado a la hora de prestar el consentimiento por la cultura o tradición familiar; y 5) en condiciones de igualdad, hombres y mujeres, deben adquirir la

17 Sobre las definiciones del matrimonio infantil, matrimonio precoz, y matrimonio concertado. Vid. LAZARO GONZÁLEZ, I. E.: "El matrimonio infantil en España. Una visión desde el Derecho internacional privado para esta forma de violencia contra las niñas", en SALES PALLARÉS, L. y ZURILLA CARINANA, M^a. A. (coords.): *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 411-448.

18 Este punto sería debatible, puesto que en una revisión del año 2019 de la Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, de 14 de noviembre de 2014, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y el Comité de los derechos del niño suprimieron las referencias a las capacidades evolutivas de los menores de edad y a la edad mínima con la que excepcionalmente se puede permitir a un menor contraer matrimonio. Vid. ONU: "Recomendación general núm. 31", cit. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, y su versión revisada en CEDAW/C/GC/31/Rev.1-CRC/C/GC/18/Rev.1.

capacidad para contraer matrimonio a la misma edad¹⁹. Estos son los parámetros que pensamos que deben incorporarse al ordenamiento jurídico de los Estados parte de las normas internacionales vinculantes que regulan el *ius nubiendi* de los adolescentes, y son, por lo tanto, los que consideramos que deben implementarse en la normativa española.

II. EL ODS 5, META 5.3, Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.

El ODS 5, meta 5.3, entendemos que debe incorporarse en el Derecho internacional privado español, en primer lugar, definiendo los foros de competencia judicial internacional aplicables para la adopción de medidas de protección de los menores emancipados que vayan a contraer matrimonio ante autoridad española. En segundo lugar, incorporando las garantías procedimentales del marco legal internacional, ya mencionadas, a su ordenamiento jurídico interno, debiéndose extender su aplicación a matrimonios celebrados en el extranjero que quieran tener efectos en España. Y, en tercer lugar, extendiendo la protección de los menores fuera de sus fronteras, en ocasiones, aplicando el orden público internacional en sentido negativo y en otras ocasiones sentido positivo, analizando la casuística particular que se dé; y, en otras ocasiones, las leyes de policía o el orden público interno de cada país.

I. Competencia judicial internacional en la adopción de medidas de protección de menores emancipados.

Aquí debemos distinguir entre las siguientes cuestiones: 1) cómo se declaran competentes las autoridades españolas para celebrar el matrimonio internacional; y 2) cómo se declaran competentes para la adopción de las medidas de protección de los menores que vayan a contraer matrimonio.

A) Autoridades españolas competentes para la celebración del matrimonio.

La competencia de las autoridades españolas para inscribir el matrimonio internacional o para celebrar este, se determina por la ley española, basándose en los principios de territorialidad y nacionalidad, dando lugar a que cualquier hecho y acto que afecte a españoles o a extranjeros acaecidos en territorio español pueda acceder al Registro civil español, y también, cualquier hecho o acto que afecte

19 El Comité de los derechos del niño en la Observación General núm. 4 sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 21 de julio de 2003 en su párrafo 20: "recomienda a los Estados parte que examinen y, cuando sea necesario, reformen sus leyes y prácticas para aumentar la edad mínima para contraer matrimonio, con o sin acuerdo de los padres, a los 18 años, tanto para chicas como para los chicos.

a españoles acaecidos en el extranjero (art. 9 de la LRC)²⁰. Si, a posteriori de la celebración del matrimonio, existiera algún litigio transfronterizo sobre la validez de la inscripción de este, entonces las autoridades españolas podrían declararse competentes en virtud del art. 24.3 del RBI *bis*²¹.

Pero ¿qué autoridades concretas pueden declararse competentes y en virtud de qué norma para la celebración del matrimonio? los arts. 51 y 57 del Cciv.²², después de su reforma por la disposición final 2.4 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia²³, señalan que son competentes para tramitar el matrimonio: 1) el letrado de la Administración de justicia; 2) el personal funcionario consular o diplomático; 3) el Alcalde o Concejal en quien este delegue, a elección de los contrayentes; 4) el notario, quien hubiera extendido el acta matrimonial²⁴.

No obstante, como requisito previo al matrimonio se requiere que al menos uno de los contrayentes tenga el domicilio en España, con independencia de su situación administrativa, o de ser o no de nacionalidad española, para que pueda iniciarse el expediente previo matrimonial en el Registro civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes (arts. 9 y 58, apartados 2 y 9 de la LRC)²⁵. Para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio es competente el Juez encargado o de Paz, o el Encargado del Registro civil consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes (art. 238 RRC)²⁶.

B) Foros de competencia aplicables para la adopción de medidas de protección.

Las anteriores autoridades civiles o administrativas mencionadas, competentes para la celebración del matrimonio, podrán también ser competentes en la adopción de medidas de protección de los menores antes, durante, o después de la celebración del matrimonio. Ello es así, porque debe interpretarse el concepto de “órgano jurisdiccional”²⁷ en sentido amplio, incluyendo a autoridades

20 Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, decimosegunda edición, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2022, pp.316-317.

21 UNIÓN EUROPEA. Reglamento núm. 1215/2012/UE 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. *DOUE* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

22 ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

23 *BOE* núm. 3, de 03/01/2025.

24 Cfr. DURÁN RIVACOBA, R.: “Comentario al artículo 51 Código civil”, en CAÑIZARES LASO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil. 5 tomos*, Tirant lo Blanch, 2023, pp.756-761; y “Comentario al artículo 57 Código civil”, en CAÑIZARES LASO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil. 5 tomos*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 788- 791.

25 ESPAÑA. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. *BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011.

26 ESPAÑA. Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

27 Sobre la definición de “órgano jurisdiccional” en el RBI ter. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Comentario al artículo 2 del Reglamento 2019/1111”, en CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.): *Comentario al nuevo Reglamento de Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y*

administrativas o notarios con competencia en materia matrimonial (Considerando 14 y art. 2.2 ordinal I RBrII *ter*²⁸ y art. 5.I CH 1996²⁹).

Durante el transcurso del procedimiento de la celebración del matrimonio, se controlará que los matrimonios no sean forzados ni de conveniencia. Para los matrimonios celebrados en el extranjero, e inscribibles en el Registro civil español, quién realiza la función de control y detección de matrimonios forzados y de conveniencia es el encargado del Registro civil, el cual juega un rol fundamental³⁰.

Parte de las medidas de protección del contrayente menor de edad serán adoptadas por las autoridades españolas competentes en la celebración del matrimonio en el marco regulador de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, y otras medidas de protección en el seno de la normativa internacional pública vinculante en materia de matrimonio, o de la función administrativa de control de los flujos migratorios y orden público interno.

De tal modo que, si el contrayente menor de edad reside en España y contrae matrimonio ante autoridad española, esta puede adoptar las medidas de protección oportunas en virtud del foro general de la residencia habitual del menor del art. 7 RBrII *ter*, y en relación con las medidas cautelares de menores presentes en su territorio que no tengan su residencia habitual también podrá adoptarlas de conformidad con el art. 15 RBrII *ter*. Asimismo, si el contrayente menor de edad reside en el extranjero, fuera de la UE, y conpadece para contraer matrimonio ante las autoridades consulares o diplomáticas españolas, estas pueden declararse competentes por el foro de la residencia habitual del menor del art. 5.I CH 1996³¹.

de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp.145 y 146.

- 28 UNIÓN EUROPEA. Reglamento 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. *DOUE* núm. 178, de 2 de julio de 2019. Sobre la definición de órgano jurisdiccional.
- 29 ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. *BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.
- 30 Cfr. ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Los matrimonios internacionales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp.61-63.
- 31 En ese sentido, la doctrina iusprivatista española señala que, a la hora de adoptar cualquier medida de protección del menor, prevalece el fuero general de la residencia habitual del menor sobre los demás foros de competencia judicial internacional del RBrII *ter* y del CH 1996. Se aplicará el RBrII *ter* cuando el menor tenga la residencia habitual en un Estado miembro del RBrII *ter* y no en el CH 1996, y a sensu contrario, se aplicará el CH 1996 cuando la residencia habitual del menor esté en un Estado parte del CH 1996 y no en el RBrII *ter*. Entre otros véase LUNAS DÍAZ, M. J.: "13. Responsabilidad parental y medidas de protección", en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (coord.): *Derecho internacional privado. Personas y familia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2024, pp. 359-360 y 366. DURÁN AYAGO, A.: "Capítulo 3. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7)", en CAMPUZANO, B. (dir.): *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 71-78. CASTELLANOS RUIZ, M. J.: "Comentario al artículo 7. Competencia general", en AA.VV.: *Comentario al nuevo Reglamento de Bruselas II *ter* relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones*

Y, en último lugar, si el contrayente menor de edad reside en el extranjero, pero se ha desplazado a España para solicitar protección internacional (incluyendo el estatus de refugiado, el de beneficiario de protección subsidiaria, el de beneficiario de protección temporal, el de apátrida, y las razones humanitarias)³², y conpadece antes del cambio de su residencia habitual ante la autoridad española para contraer matrimonio, entonces esta autoridad podrá declararse competente en virtud del foro de necesidad del art. 11.2 RBlI *ter* o del art. 6.I CH 1996, aplicando uno u otro texto atendiendo al lugar de la residencia del menor antes del traslado de este a España. Y, en su defecto, por el art. 22 *quéter* letra d de la LOPJ, siempre que lleve presencialmente en España al menos 6 meses antes de la celebración del matrimonio³³.

2. Ley aplicable en materia de celebración de matrimonio internacional y protección del menor de edad contrayente. Propuesta de *lege ferenda*.

Otra de las cuestiones planteadas en este trabajo es la relativa a qué Derecho es aplicable para determinar la capacidad, consentimiento y su forma prestación, así como para la adopción de medidas de protección para evitar un matrimonio forzado de menores. La capacidad, consentimiento, y forma del matrimonio internacional del contrayente menor de edad se determinan por el Derecho internacional privado autónomo español. Y en materia de medidas de protección del menor de edad contrayente, por el Derecho internacional privado convencional. Ahora bien, ¿cómo debe implementarse el ODS 5, Meta 5.3 de la Agenda 2030 y el marco legal internacional a la hora de interpretar tales conceptos y adoptar las medidas de protección que sean necesarias para evitar la celebración de matrimonios forzados?

A) Ley aplicable a la capacidad y consentimiento del contrayente menor de edad.

El ODS 5, meta 5.3, puede incorporarse al Derecho internacional privado autónomo español como modulador del Derecho extranjero aplicable para determinar la capacidad para contraer matrimonio de los menores de edad, la

en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (dirigido por E. Castellanos Ruiz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 201-238.

- 32 Compartimos la idea con la Dra. María González Marimón de que el término “menores refugiados” contemplado en este foro de necesidad del RBlI *ter* y el CH 1996 debe interpretarse en sentido amplio para dar cabida a todos los estatus legales que caben bajo el paraguas de la “protección internacional” o asilo. Cfr. GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 254.
- 33 Entre otros, véase CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Capítulo XV. Protección de menores”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Tratado de Derecho internacional privado. 2 tomos. 2ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2107. SANTANA PÁEZ, E.: “Art. 11. Competencia basada en la presencia del menor”, en PALAO MORENO, G. (dir.): *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental, y sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 171-174. ESPINOSA CALABUIG, R.: “Artículo 7. Competencia general”, en PALAO MORENO, G. (dir.): *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental, y sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 117-132.

forma de prestar su consentimiento y, en su caso, la forma de celebración del matrimonio.

Aquí debemos tener en cuenta que en la formalidad de celebración del matrimonio ante autoridad española esta aplica su propia ley (*autor regit actum*)³⁴. Si el contrayente menor de edad comparece ante la autoridad española para contraer matrimonio, se aplica el Derecho conflictual español (Código civil español)³⁵, con independencia de la nacionalidad del sujeto. Esto implica que, para determinar la capacidad para contraer matrimonio y para prestar consentimiento (art. 9.1 Cciv.), se aplica la ley personal de cada uno de los contrayentes, entendida por esta la ley de la nacionalidad, aunque en otros ordenamientos jurídicos pueda este criterio de conexión tener otras acepciones³⁶. Para aquellos contrayentes que carecieran de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, se aplicará con carácter supletorio la ley del lugar de su residencia habitual (art. 9.10 Cciv.). En la misma línea iría el art. 12.1 de la Convención del estatuto de refugiados que señala que “el estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia”.

Si el contrayente que es menor de edad es de nacionalidad española, entonces si desea contraer matrimonio ante autoridad española competente por razón de la materia, deberá estar emancipado previamente a la celebración del matrimonio, sin necesidad de obtener autorización o dispensa judicial (arts. 46.1, 169.2, 239, y 241 Cciv. español). Esto es así, porque se le aplica la ley española permitiendo que contraigan matrimonios los menores emancipados de 16 y 17 años (arts. 46.1 y 48 Cciv.). Si el menor hubiera podido emanciparse antes de los 16 años, porque se lo permite el Derecho foral aplicable por razón de la vecindad del menor³⁷, entendemos que no es posible que contraiga matrimonio. Consideramos que una

34 Cfr. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “7. Celebración del matrimonio en situaciones internacionales”, en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (coord.): *Derecho internacional privado. Personas y familia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2024, p. 151.

35 ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

36 El criterio de conexión para determinar la capacidad para contraer matrimonio en todos los Estados miembros de la UE se rige por la ley de la nacionalidad del sujeto, con excepción de Irlanda que se rige por la ley del domicilio. Cfr. GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A.: “Best Interests of the Child in Private International Law”, *Recueil des cours*, 2020, p. 432. En el sistema de Derecho internacional privado interamericano y el Derecho internacional privado de los Estados iberoamericanos el criterio de la ley personal es interpretado como la ley del domicilio, la ley de la nacionalidad, o las leyes que hayan adoptado o adopte en su legislación cada Estado parte del Código Bustamante. SERRANO SÁNCHEZ, L.: “Cuestiones de Ley aplicable al matrimonio entre adolescentes. Un análisis comparado con Iberoamérica”, en CUARTERO RUBIO, M. V. (dir.): *El Derecho de Familia a la luz del derecho fundamental europeo a la vida familiar*, Aranzadi, Navarra, 2025, En prensa.

37 La cuestión de la emancipación del menor antes de los 16 años en Aragón ya ha sido tratada por la Dra. M^a Carmen Chéliz Inglés en su trabajo “La protección de los derechos de los niños en la Unión Europea: los matrimonios infantiles y el Derecho foral aragonés” (CHÉLIZ INGLÉS, M^a C.: “La protección de los derechos de los niños en la Unión Europea: los matrimonios infantiles y el Derecho foral aragonés”. en AA.VV.: *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (dirigido por C. Martínez Capdevila y E. J. Martínez Pérez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 741-751). Sin embargo, disintimos con la autora en que un menor emancipado de 14 años con vecindad en Aragón, aunque tenga esta Comunidad autónoma competencia para legislar sobre la emancipación, pueda contraer matrimonio.

interpretación distinta a esta sería contradictoria al orden público internacional, el cual debe aplicarse *ad extra* y *ad intra* a las relaciones personales y familiares del menor y a la hora de interpretar su interés superior en contraer matrimonio. De tal manera que, con el marco legal actual, con independencia de la autoridad española que se declare competente y de la vecindad del menor dentro del territorio español, solo pueden contraer matrimonio los menores emancipados de 16 y 17 años.

Si el contrayente que es menor de edad es de nacionalidad extranjera, apátrida o de nacionalidad indeterminada, la edad mínima para contraer matrimonio, como ya habíamos adelantado, está definida por la ley personal, la ley de la residencia habitual o la ley del domicilio, dependiendo del supuesto. Ahora bien, ¿cómo determinamos que ese menor extranjero con capacidad para contraer matrimonio está emancipado en origen? deberá probarse por el menor extranjero que desea contraer nupcias ante autoridad española. Y de no estar emancipado previamente al matrimonio, deberá solicitar en primer lugar la emancipación de quienes ejerzan la responsabilidad parental sobre ellos³⁸. Esta es una de las reformas que proponemos para la incorporación del ODS 5, Meta 5.3, que procura incorporar la igualdad en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio entre menores españoles y menores extranjeros, pero no es la única.

También, junto a la Dra. Lázaro González, creemos que para evitar los matrimonios forzados o los matrimonios concertados de menores es necesario elevar la edad núbil a los 18 años, permitiendo en circunstancias excepcionales que los menores de 16 y 17 años puedan contraer matrimonio, pero siempre con la obligación de contar con una dispensa judicial³⁹. Una propuesta de *lege ferenda* que estaría en parte en la línea de lo ya realizado por trece Estados iberoamericanos, los cuales han modificado su legislación interna elevando la edad mínima para contraer nupcias a los 18 años, contemplando el impedimento de edad como indispensable. Sin embargo, consideramos que este impedimento indispensable es contradictorio al marco legal internacional vinculante para España, por lo que en nuestro caso debería ser un impedimento dispensable⁴⁰. El permitir contraer matrimonio a menores de 16 años y 17 años no es algo exclusivo de España, sino que algunos Estados iberoamericanos también lo contemplan en su legislación (Argentina, Bolivia, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, y Venezuela).

38 La emancipación está excluida del ámbito de aplicación material del RBII *ter* (art. 1.4 d) y del CH 1996 (art. 4 d), de ahí que apliquemos el Derecho internacional privado autónomo a la hora de determinar la autoridad española competente y la ley aplicable. Al tratarse de una cuestión incluida dentro el estatuto personal, la competencia judicial internacional de las autoridades españolas para conocer sobre un litigio transfronterizo de esta materia se establecería de conformidad con el art. 22 *quáter* b de la LOPJ, y la ley aplicable será determinada por el art. 9.1 Cciv.

39 Cfr. LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: "El matrimonio infantil en España", cit., p. 437.

40 Estos doce Estados son: 1) Chile; 2) Costa Rica; 3) Colombia; 4) Cuba; 5) Ecuador; 6) El Salvador; 7) Guatemala; 8) Honduras; 9) México; 10) Panamá; 11) Perú; 12) Puerto Rico; y 13) República Dominicana. SERRANO SÁNCHEZ, L. "Cuestiones de Ley aplicable", cit. En prensa.

Además de lo anterior, consideramos que para que no se produzca una discriminación entre menores nacionales y menores extranjeros, mientras no se realice la propuesta de modificación al Código civil español elevando la edad mínima para contraer matrimonio, es necesario que se aplique, por la autoridad española con competencia en celebración del matrimonio, el correctivo del orden público en sentido positivo del art. 12.3 Cciv. permitiendo contraer matrimonio a aquellos extranjeros, cuya ley personal no les autorice a contraer matrimonio hasta los 18 años, siempre que acrediten los mismos requisitos que los menores emancipados españoles. Del mismo modo, se deberá prohibir el matrimonio de menores por debajo de la edad de 16 años, aplicando el correctivo del orden público en sentido negativo. Entre los Estados que permiten el matrimonio de menores por debajo de los 16 años están, por ejemplo, Argentina y Colombia⁴¹.

Por último, y en virtud del principio de seguridad jurídica, entendemos que debería crearse un nuevo precepto en el Código civil español contemplando una norma de conflicto expresa para la prestación del consentimiento de menores, considerando el impedimento de edad como dispensable, la obligación de la obtención de la dispensa judicial, y la prohibición del matrimonio por poderes en este caso específico como medida de protección preventiva del matrimonio forzado, concertado, o de conveniencia. Los criterios de conexión aplicables en esta ocasión entendemos que deberían ser el lugar de la residencia habitual de los cónyuges, el lugar de celebración del matrimonio, y la nacionalidad del contrayente. La aplicación de un criterio de conexión u de otro debería atender al interés superior del menor, garantizando siempre una máxima protección del contrayente menor de edad.

B) Ley aplicable para la adopción de medidas de protección del contrayente menor de edad para evitar los matrimonios forzados, concertados, o de conveniencia.

La implementación del ODS 5, meta 5.3, no solo debe estar en la definición de las normas conflictuales en materia de capacidad para contraer matrimonio y prestación de consentimiento de los adolescentes, sino también en la adopción de medidas de protección de los menores emancipados que quieran contraer nupcias. En ese sentido, debemos señalar que España no cumple actualmente con el marco legal internacional, porque les proporciona el trato de adultos al estar emancipados y no los protege, a pesar de ser requerido por el considerando 17 del RB II *ter*, precepto inspirador del cuerpo del texto. Pero ¿qué medidas de protección pueden adoptarse? ¿cuál sería la ley aplicable para determinarlas? Consideramos que pueden adoptarse: 1) medidas de protección cautelares consistentes en la prevención del matrimonio forzado; 2) medidas de protección que giren sobre la asistencia y representación del menor durante la celebración

41 *Ibidem*. SERRANO SÁNCHEZ, L. "Cuestiones de Ley aplicable", cit. En prensa.

del matrimonio; y 3) medidas de protección adoptadas con posterioridad a la celebración del matrimonio.

En el caso de las medidas de protección cautelares consistentes en la prevención del matrimonio forzoso, si el menor contrayente tiene su residencia habitual en España junto a su familia, pueden adoptarse por los órganos jurisdiccionales españoles competentes en materia de protección de menores y definirse de conformidad con el Derecho español (art. 15.1 del CH 1996). Aquí debe tenerse en cuenta que el sistema español es plurilegislativo y que, por tanto, cada Comunidad autónoma aplica su ley autonómica de protección de menores a cualquier menor que se encuentre en su territorio (art. 48 del CH 1996)⁴², con excepción de Ceuta, Melilla y Galicia, quienes no asumieron en su Estatuto de autonomía la competencia en materia de protección de menores y aplican la LOPJM⁴³.

Como medidas de protección cautelares a adoptar para evitar los matrimonios forzados nos adherimos a las recomendaciones de la Dra. Adam Muñoz al señalar que tendría que crearse un Protocolo similar al de la mutilación genital, en el que los profesionales del sector educativo, sanitario, de intervención social, etc. juegan un rol fundamental para detectar las menores que residan en España y que estén siendo forzadas a contraer matrimonio, debiendo comunicar aquellos el presunto delito a los servicios sociales y al Ministerio fiscal. Pudiendo, además, el juez español prohibir la salida de la menor del país hasta que cumpla la mayoría de edad, aperebrir a los familiares sobre el delito que estarían cometiendo si se tratase de un matrimonio forzoso, retirar el pasaporte de la menor, suspender la patria potestad, etc⁴⁴.

Sobre las medidas de protección que giran sobre la asistencia y representación del menor durante la celebración del matrimonio, estas son medidas relacionadas con la designación y las funciones de todo persona u organismo encargado de representar o de prestar asistencia al menor (art. 1.1, letra d, del RBlI ter, y art. 3, letra d, del CH 1996). En ese sentido, se puede proponer que se regule por ley la obligación de que el Ministerio Fiscal represente y asista siempre al menor contrayente, aunque esté emancipado, en el proceso de nupcias matrimoniales. Con independencia de la autoridad española ante la que se celebre el matrimonio,

42 El matrimonio forzado se ha introducido como forma de violencia en la legislación de protección de menores autonómica. Véase Anexo III. Legislación autonómica de protección de los menores-víctimas de violencia familiar en España en SERRANO SÁNCHEZ, L.: *La protección de la infancia y de la adolescencia víctima de violencia familiar en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2024.

43 ESPAÑA. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

44 Cfr. ADAM MUÑOZ, M^a. D.: "La influencia del fenómeno migratorio en el matrimonio infantil y forzado: el papel del Derecho internacional privado", en LARA AGUADO, A. (coord.): *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1085-1086.

consideramos que esta autoridad debería solicitar un informe favorable para contraer matrimonio del menor antes de que se produzca la celebración. Esta propuesta de intervención del Ministerio Fiscal iría en consonancia con lo ya establecido en la Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios⁴⁵. Aquí se propone la extensión de esta obligación de intervención del Ministerio Fiscal en el caso de matrimonios de menores celebrados ante el resto de las autoridades competentes en esta materia (esto es, letrado de la Administración de justicia, personal funcionario consular o diplomático, y Alcalde o concejal). Además, de lo anterior se sugiere que antes de emitir su informe favorable o desfavorable, el Ministerio Fiscal deba solicitar a su vez un informe médico de capacidad para la prestación del consentimiento, tal y como se contempla actualmente para el matrimonio del que se halle en peligro de muerte. También, un informe del equipo psicosocial que acredite la falta de influencia cultural o tradicional a la hora de que el menor preste el consentimiento. La entrevista del menor debería realizarse sin que estén presentes los progenitores o su contexto familiar, contando con la representación legal en el procedimiento del Ministerio Fiscal, y, en su caso, asistencia jurídica encargada de asistir a este, y cuando sea necesario traductor. Entendemos que los tres informes anteriores deberían ser remitidos a la autoridad judicial competente para la emisión de la dispensa judicial del impedimento de edad.

Por último, por lo que se refiere a las medidas de protección adoptadas con posterioridad a la celebración del matrimonio, entendemos que se pueda detectar que fue forzado un tiempo después, aunque se tengan hijos en común. En ese sentido, consideramos que pudiera analizarse la viabilidad de la representación legal de la víctima de matrimonio forzado en la que se pueda perseguir el delito, cuya prescripción consideramos que no debería comenzar hasta que se tenga conocimiento de este, así como, en su caso, tramitar el estatus de refugiado, si contrajo matrimonio forzado en el extranjero o fue el matrimonio concertado en el extranjero antes de trasladarse a España⁴⁶.

Con la anterior propuesta de *lege ferenda* se estarían incorporando al ordenamiento jurídico español las garantías procedimentales del marco legal internacional vinculante, con la finalidad de evitar los matrimonios forzados, concertados o de conveniencia de menores de 18 años.

⁴⁵ BOE núm. 133, de 4 de junio de 2021.

⁴⁶ Si fue celebrado en el extranjero el matrimonio forzado podría dar lugar a una denegación del reconocimiento del matrimonio infantil impidiendo la reagrupación familiar. Cfr. GONZÁLEZ BEILFUS, C.: "Matrimonio infantil y derecho de reunificación familiar: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre 2022, as. C-230/21: Belgische Staat (Réfugiée minure mariée)", *La Ley Unión Europea*, núm. 110, 2023.

2. El ODS 5, meta 5.3, y las Leyes de policía españolas.

Las leyes de policía son definidas por la doctrina iusprivatista española como normas de aplicación inmediata que eluden la aplicación de la norma de conflicto, que configuran la salvaguarda de la organización política, social o económica de cada Estado, suelen aplicarse a situaciones internas y deben aplicarse imperativamente a situaciones privadas internacionales⁴⁷. Entre estas normas entendemos que están las leyes de extranjería y las leyes penales al tratar de prevenir y erradicar los matrimonios forzados, de conveniencia, o concertados en España.

Debemos tener en cuenta que el matrimonio de los menores puede celebrarse en el extranjero ante autoridad extranjera, aplicándose el Derecho extranjero por el que se permita contraer matrimonio a menores de edad, el cual puede tildarse de matrimonio forzoso, concertado o de conveniencia y, por lo tanto, de delito en España; o ser contradictorio al orden público internacional. A continuación, analizaremos cómo tendría que se interpreta el ODS 5, meta 5.3, en el Derecho de extranjería y penal español.

A) Derecho de extranjería.

Para erradicar los matrimonios forzosos, el ODS 5, meta 5.3, puede incorporarse a la normativa de extranjería española introduciendo impedimentos para el ejercicio de la reagrupación familiar de cónyuges, parejas de hecho registradas o parejas estables, o impedimentos al reconocimiento de matrimonios infantiles celebrados en el extranjero. En esa línea entendemos que ya se ha legislado en el seno de la UE a través de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, pues el art. 4.5 de esta norma permite que los Estados miembros puedan limitar el derecho a la reagrupación familiar de los cónyuges de los extranjeros residentes siempre que tengan una edad inferior a los 21 años⁴⁸.

Una restricción del ejercicio del derecho a la reagrupación familiar que se ha incorporado a la nueva legislación de extranjería española. En ese sentido, el art. 66.I, letras a y b, del nuevo Reglamento de extranjería (RD 1155/2024)⁴⁹, indica que el cónyuge, pareja de hecho registrada, y pareja estable, ha de tener al menos 18 años para que pueda ser reagrupado por su familiar nacional de

47 Entre otros véase CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Capítulo XV. Protección de menores”, cit., pp. 501-511. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, cit., pp.155-160.

48 Cfr. CHÉLIZ INGLÉS, M^a. C.: “La protección de los derechos de los niños en la Unión Europea: los matrimonios infantiles y el Derecho foral aragonés”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dirs.): *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 743.

49 ESPAÑA. Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2024.

tercer Estado residente en España. Del mismo modo, el art. 94, letras a, b y c, del nuevo Reglamento de extranjería introduce los mismos impedimentos de reagrupación familiar para los mismos familiares del nacional español que resida en España. Esto es algo que entendemos que es contradictorio con el marco legal de celebración de matrimonio en España, puesto que, como ya hemos advertido, se permite el matrimonio de menores emancipados de 16 y 17 años. Solo se nos ocurre que se haya introducido este impedimento a los matrimonios celebrados en el extranjero, puesto que los mecanismos de control y evasión de matrimonios forzados o concertados no existan, y no exijan la emancipación previa del menor antes de la celebración del matrimonio como requisito legal previo, como sí se hace la legislación española.

Debemos indicar que este límite de edad mínima para reagrupar a los familiares del nacional de tercer Estado no estaba recogido en el art. 53 del antiguo Reglamento de extranjería (RD 557/2011)⁵⁰. Tampoco para los mismos familiares del nacional español, puesto que estaban siendo reagrupados en gran parte de las Oficinas de extranjería de España por los arts. 2 y 2 bis del RD 240/2007⁵¹, referidos al régimen de los ciudadanos de la UE. Un régimen legal este último que no establece ningún límite de edad para reagrupar a cónyuges, parejas de hecho registradas, o parejas estables, pero que, en la práctica requería que se realizara la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, en el caso de que uno de los cónyuges fuera español.

A través del procedimiento de inscripción del matrimonio se realizaba una revisión de la capacidad, consentimiento y forma del matrimonio de los cónyuges, aunque este matrimonio hubiera sido realizado en el extranjero y ante autoridad extranjera. De tal modo que esta revisión podía conducir a una denegación de la inscripción de este y una denegación de la reagrupación familiar. A partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de extranjería ya no se requeriría que se inscriba el matrimonio con el español para poder ejercer la reagrupación familiar, pero para reagrupar a parejas de hecho registradas, deberán estar inscritas en un registro público de la UE.

En este caso, considerándonos que el ODS 5, meta 5.3, debe incorporarse al Derecho de extranjería español otorgando a las mujeres adultas reagrupadas, que contrajeron matrimonio durante su minoría de edad, y se encuentren ya en España reagrupadas, una autorización de residencia independiente. Todo ello siempre que

50 ESPAÑA. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011. En vigor hasta el 19 de mayo de 2025.

51 ESPAÑA. Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007. En vigor a partir del 20 de mayo de 2025.

se acredite que contrajeron matrimonio forzoso y fueron víctimas de violencia de género, violencia sexual, o trata de seres humanos, en el país de origen. Esta propuesta de *lege ferenda* sería una ampliación de los supuestos contemplados en el art. 69.2 b del nuevo Reglamento de extranjería. Entendemos que, para su documentación con esta autorización de residencia, se requiere que se active el proceso penal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12 de la Directiva 2024/1385/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica⁵².

B) Derecho penal.

El ODS 5, meta 5.3, consideramos que se incorpora al ordenamiento jurídico español con la implementación del principio de extraterritorialidad para conocer del delito de “matrimonio forzoso”. Este es un tipo de violencia ejercida dentro del seno familiar contra la infancia y la adolescencia, que es contemplado como trata de seres humanos por la Directiva 2024/1712/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; y como violencia contra las mujeres por la Directiva 2024/1385/UE. En el ordenamiento jurídico español está tipificado como delito por los arts. 83.2 y 172 bis del Código penal español⁵³. Con la entrada en vigor de la Directiva 2024/1385, los órganos jurisdiccionales españoles podrán conocer de este delito si se ha cometido parcialmente en su territorio, si el autor de este delito es uno de sus nacionales, si el delito es cometido contra un menor que sea español o que sea extranjero con residencia habitual en España, o el autor del delito tenga residencia habitual en su territorio⁵⁴.

III. LÍMITES A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO DEL CÓNYUGE ESPAÑOL EN UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE, Y AL RECONOCIMIENTO DE SU ESTADO CIVIL.

Una cuestión conexas a la celebración del matrimonio internacional ante autoridad española es la relativa al reconocimiento del estado civil del ciudadano español, casado durante su minoría de edad. En la UE la respuesta al matrimonio internacional de menores de edad ha sido diversa en el Derecho internacional privado autónomo de cada Estado. Entre otras razones, porque no existe una norma institucional sobre la ley aplicable al matrimonio que regule los criterios de conexión aplicables, la edad mínima para contraer matrimonio, los impedimentos

52 DOUE núm. 1385, de 24 de mayo de 2024.

53 ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

54 Cfr. SERRANO SÁNCHEZ, L.: *La protección de la infancia y de la adolescencia víctima de violencia familiar en la Unión Europea*, cit., pp. 32-36, y 96.

dispensables e indispensables, y las garantías procedimentales para impedir el matrimonio forzado o de conveniencia de menores.

En ese sentido, debemos advertir que el ODS 5, meta 5.3, solo se ha implementado en cuatro Estados miembros de la UE (Alemania⁵⁵, Dinamarca, Países Bajos, Suecia⁵⁶), de los veintisiete existentes⁵⁷, a pesar de que el Parlamento Europeo desde el año 2018 ha insistido sobre la armonización de la edad mínima para contraer matrimonio entre los Estados miembros de la UE con la Resolución del Parlamento europeo de 4 de julio de 2018. Estos cuatro Estados miembros han seguido las recomendaciones de esta norma europea y han prohibido el matrimonio de menores de 18 años, regulando el impedimento de edad como indispensable, e impidiendo la exceptuación caso por caso del matrimonio de algunos menores de 16 y 17 años. Por el contrario, esta tendencia de prohibición del matrimonio juvenil está en alza en Iberoamérica⁵⁸.

¿Qué implica la prohibición del matrimonio de menores en algunos Estados miembros de la UE, con independencia de la edad? se estaría configurando la prohibición del matrimonio de menores de 18 años como una cuestión de orden público interno en estos cuatro Estados miembros de la UE, y se estarían negando las capacidades evolutivas en desarrollo de los menores de edad. De tal modo, que no se les va a permitir a los españoles contraer matrimonio ante las autoridades locales con competencia en materia de celebración de matrimonio, aunque la ley personal del contrayente le faculte para ello (como es el caso de la ley española). Y si el matrimonio se hubiese celebrado ante autoridad española, tampoco se le otorgará efectos a este matrimonio, y se le impondrá impedimentos para ejercer

55 Sobre la nueva regulación de la prohibición del matrimonio juvenil y sus efectos en Alemania. Vid. STEFAN, A.: "Early Marriage in Germany: Law and Politics of Cultural Demarcation", in ARNOLD, S. y HEIDERHOFF, B. (eds.): *Children in Migration and International Family Law. The Child's Best Interests Principle at the Interface of Migration Law and Family Law*, Springer, Nueva York, 2025, pp. 161-182.

56 Sobre la nueva regulación de la prohibición del matrimonio juvenil y sus efectos en Suecia. Vid. MAUNSBACH, U.: "Early Marriages in Sweden", in ARNOLD, S. y HEIDERHOFF, B. (eds.): *Children in Migration and International Family Law. The Child's Best Interests Principle at the Interface of Migration Law and Family Law*, Springer, Nueva York, 2025, pp. 141-160.

57 La Agencia de la UE para los derechos fundamentales (FRA) en las estadísticas recogidas en su página web, actualizadas al año 2018, denominadas "Requisitos de edad mínima relacionados con los derechos del niño en la UE", señala que existen quince Estados miembros de la UE que permiten el matrimonio de menores de 15 o 16 años (Austria, Bulgaria, Chipre, República Checa, Estonia, España, Croacia, Hungría, Italia, Lituania, Letonia, Malta, Portugal, Rumania, Eslovaquia). Existe un solo país que permite el matrimonio de menores de 16 años, solo en el caso de mujeres, como es Polonia. Hay cuatro Estados miembros que solo permiten el matrimonio a partir de los 18 años (Alemania, Dinamarca, Países Bajos, Suecia). Y siete Estados miembros de la UE que no recoge la edad mínima para contraer matrimonio en su legislación (Bélgica, Grecia, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Eslovenia). Información disponible en: https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/minag?dataSource=MINAG_en_62754&media=png&width=740&topic=group01&question=MINAG_MSR01&plot=MAP&subset=NONE&subsetValue=NONE&answer=MINAG_MSR01&year=2017. Consultado a 23 de abril de 2025.

58 La ley aplicable al matrimonio internacional en el Derecho internacional privado autónomo de catorce de diecinueve Estados iberoamericanos incorpora esta reforma (Chile, Costa Rica, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú, Puerto Rico, y República Dominicana. Cfr. SERRANO SÁNCHEZ, L.: "Cuestiones de Ley aplicable", cit.

la reagrupación familiar. Todo ello, a pesar de que se haya emitido un certificado literal de matrimonio de conformidad con el Reglamento 2016/1191⁵⁹, y de que la Directiva 2004/38/CE no regule una edad mínima para reagrupar cónyuges por parte de ciudadanos de la UE. Esto último consideramos que es algo que puede ser contradictorio al acervo comunitario.

Sirva a modo de ejemplo señalar que en el caso Alemania no es hasta julio del año 2017 cuando a través de una reforma de la Ley de introducción al Código civil (art. 13)⁶⁰ se introdujo la prohibición de contraer matrimonio ante autoridad alemana competente a los menores con edades de 16 y 17 años, con independencia de su nacionalidad. A estos se les permitiría contraer matrimonio hasta entonces con dispensa. Además, aunque el matrimonio se haya celebrado en el extranjero antes de trasladarse a Alemania, se aplicará el orden público⁶¹ interno en sentido negativo y será inválido si uno de los contrayentes era menor de 16 años cuando contrajo el matrimonio. Y si tuviera por aquel entonces 16 o 17 años, estaría sujeto a nulidad⁶². Asimismo, el art. 1303 del Código civil alemán⁶³ establece que no se puede contraer matrimonio hasta alcanzar la mayoría de edad, y no será válido el matrimonio con una persona que no haya cumplido los 16 años. No obstante, de conformidad con el art. 1309 del Código civil alemán, el certificado de capacidad matrimonial del contrayente extranjero será emitido por la autoridad de origen de conformidad con su ley personal.

Hay un quinto Estado miembro de la UE, Austria⁶⁴, que está analizando incorporar esta prohibición a su ordenamiento jurídico. Este país tiene un proyecto de ley que pretende elevar la edad para contraer matrimonio a los 18 años, aunque por el momento permite contraer matrimonio a menores de 16 y 17 años. Se atiende caso por caso, de tal modo que es posible aplicar el

59 El certificado literal de matrimonio ha podido ser emitido por la autoridad española de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 2016/1191/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea. *DOUE* núm. 200, de 26 de julio de 2016.

60 ALEMANIA. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Ley de introducción al Código civil). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032101123>. Consultado a 22 de abril de 2025.

61 El art. 6 de la Ley introductoria al Código civil estipula que “una norma jurídica de otro Estado no se aplicará si conduce a un resultado manifestamente incompatible con los principios esenciales del Derecho alemán. En particular, no se aplicará si es incompatible con los derechos fundamentales”. Esta noción de orden público no es incompatible con la aplicación de instrumentos europeos o internacionales, pero sería interpretable el sentido negativo o positivo de su aplicación atendiendo a cada caso particular. *Cfr.* VON HEIN, J.: “Germany”, in AA.VV.: *Encyclopedia of Private international law*, Vol. 3 (editado por J. Basedow et al), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 2106-2107.

62 *Cfr.* STEFAN, A.: “Early Marriage in Germany”, cit. pp. 161-182.

63 ALEMANIA. Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

64 Sobre el matrimonio de menores de edad en Austria y la nueva propuesta de regulación. *Vid.* MELCHER, M.: “Early Marriages in Austria: Private International Law and Ordre Public Assessment”, in ARNOLD, S. y HEIDERHOFF, B. (eds.): *Children in Migration and International Family Law. The Child's Best Interests Principle at the Interface of Migration Law and Family Law*, Springer, Nueva York, 2025, pp. 183-196.

orden público interno en sentido positivo a un menor de 15 años y 9 meses que demuestre suficiente madurez para la celebración del matrimonio y que no ha sido coaccionado o influido por su familiar con la intención de forzarlo a casarse. Sin embargo, se aplicaría el orden público interno en sentido negativo cuando se tratase, por ejemplo, de un menor de 12 años⁶⁵.

Todo lo expuesto anteriormente nos hace pensar que los nacionales españoles que contraigan matrimonio siendo menores de edad, o sus cónyuges, se encontrarán con graves limitaciones al ejercicio de su derecho a la vida familiar en los Estados miembros que prohíben el matrimonio de menores de 18 años. No se les reconocería su nuevo estado civil de casado, ni se les permitiría ejercer su derecho a la reagrupación familiar.

IV. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión general consideramos que el ODS 5, meta 5.3, de la Agenda 2030 no debe traducirse en una prohibición absoluta del matrimonio de adolescentes de 16 y 17 años; y, por lo tanto, en una negación de sus capacidades evolutivas en desarrollo y su capacidad para contraer matrimonio. Por el contrario, entendemos que debe atenderse caso por caso a cada matrimonio de adolescente, y que debe perseguirse los matrimonios forzados, precoces, y de conveniencia. Entendiéndose por estos aquellos matrimonios celebrados por menores de edad en los que no existe capacidad para contraer matrimonio ni para prestar consentimiento, y aquellos que se producen para obtener beneficios migratorios o económicos para las familias de los menores. Entendemos que estos son los menores de 16 años, o mayores de 16 años y menores de 18 años que no compadecen ante una autoridad judicial para verificar su madurez y capacidad para contraer matrimonio, acreditando a su vez que no están influenciados por su cultura o por la tradición que les rodea, o los motivos excepcionales legítimos para contraer nupcias.

Como conclusiones particulares, además de las desarrolladas en el cuerpo del texto, destacamos las siguientes:

I. Para una implementación armonizada del ODS 5, meta 5.3, en la legislación de Derecho internacional privado de los Estados miembros de la UE, sería recomendable una norma europea sobre ley aplicable a la capacidad, consentimiento, y forma del matrimonio, en la que se establezca: a) como edad mínima para contraer matrimonio los 18 años, con independencia de la ley personal aplicable a la capacidad para contraer matrimonio. Permitiendo excepcionalmente que los menores de 16 y 17 años que cuenten con dispensa judicial del impedimento

65 Cfr. MELCHER, M.: "Early Marriages in Austria", cit. pp. 183-196.

de edad puedan contraer matrimonio; y b) las garantías procedimentales que deben proporcionar los Estados miembros para asegurarse que el consentimiento prestado es libre y no está influenciado por la cultura o tradición familiar. También las garantías procedimentales existentes para investigar, perseguir y erradicar los matrimonios forzados, de conveniencia, concertados de menores de 18 años.

2. En virtud del principio de igualdad entre ciudadanos europeos, debería permitirse la reagrupación familiar de cónyuges de españoles en el RD 1155/2024, estableciendo como edad mínima para reagrupar los 16 años, pero siempre que se verifique previamente que no es un matrimonio forzado o un matrimonio concertado o de conveniencia. Del mismo modo, consideramos que debería realizarse una reforma en la <<Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros>>, en la que se incorpore los 16 años como edad mínima del cónyuge de ciudadano de la UE para que pueda ser reagrupado.

3. Para erradicar los matrimonios forzados, de conveniencia, concertados y celebrados en el extranjero por un ciudadano de la UE, o en un Estado miembro de la UE distinto del que es nacional, consideramos necesario incorporar las causas de denegación del reconocimiento del certificado literal de matrimonio emitido por Registros públicos de Estados miembros de la UE, de conformidad con el Reglamento 2016/1191. Sería imprescindible que se regulase como causa de denegación del reconocimiento de manera explícita: a) el matrimonio celebrado en el extranjero con un cónyuge menor de 16 años; b) el matrimonio forzado o matrimonio de conveniencia o concertado de menores de 16 y 17 años, con independencia del lugar de celebración de este.

Todas las anteriores propuestas tienen por finalidad erradicar los matrimonios forzados y matrimonios de conveniencia o concertados, de menores de 18 años, e irían encaminadas a la implementación del ODS 5, Meta 5.3 en el Derecho internacional privado español.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM MUÑOZ, M^a D.: "La influencia del fenómeno migratorio en el matrimonio infantil y forzado: el papel del Derecho internacional privado", en LARA AGUADO, A. (coord.): *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "Matrimonio infantil y derecho de reunificación familiar: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre 2022, as. C-230/21: Belgische Staat (Réfugiée minure mariée)", *La Ley Unión Europea*, núm. 110, 2023.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Comentario al artículo 2 del Reglamento 2019/11110", en CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.): *Comentario al nuevo Reglamento de Bruselas II ter 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Capítulo XV. Protección de menores", en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Tratado de Derecho internacional privado*. 2 tomos. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CASTELLANOS RUIZ, M. J.: "Comentario al artículo 7. Competencia general", en AA.VV.: *Comentario al nuevo Reglamento de Bruselas II ter 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* (dirigido por E. Castellanos Ruiz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CHÉLIZ INGLÉS, M^a. C.: "La protección de los derechos de los niños en la Unión Europea: los matrimonios infantiles y el Derecho foral aragonés", en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dirs.): *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DURÁN AYAGO, A.: "Capítulo 3. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7)", en CAMPUZANO, B. (dir.): *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Navarra, 2022.

DURÁN RIVACOBIA, R.:

- "Comentario al artículo 51 Código civil", en CAÑIZARES LASO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*. 5 tomos, Tirant lo Blanch, 2023.

- "Comentario al artículo 57 Código civil", en CAÑIZARES LASO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil. 5 tomos*, Tirant lo Blanch, 2023.

ESPINOSA CALABUIG, R.: "Artículo 7. Competencia general", en PALAO MORENO, G. (dir.): *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental, y sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado*, 17ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, decimosegunda edición, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2022.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A.: "Best Interests of the Child in Private International Law", *Recueil des cours*, 2020.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: "El matrimonio infantil en España. Una visión desde el Derecho internacional privado para esta forma de violencia contra las niñas", en SALES PALLARÉS, L. y ZURILLA CARIÑANA, Mª. Á. (coords.): *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

LUNAS DÍAZ, M. J.: "13. Responsabilidad parental y medidas de protección", en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (coord.): *Derecho internacional privado. Personas y familia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2024.

MAUNSBACH, U.: "Early Marriages in Sweden", in ARNOLD, S. y HEIDERHOFF, B. (eds.): *Children in Migration and International Family Law. The Child's Best Interests Principle at the Interface of Migration Law and Family Law*, Springer, Nueva York, 2025.

MELCHER, M.: "Early Marriages in Austria: Private International Law and Ordre Public Assessment", in ARNOLD, S. y HEIDERHOFF, B. (eds.): *Children in Migration and International Family Law. The Child's Best Interests Principle at the Interface of Migration Law and Family Law*, Springer, Nueva York, 2025.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "7. Celebración del matrimonio en situaciones internacionales", en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (coord.): *Derecho internacional privado. Personas y familia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2024.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Los matrimonios internacionales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

SANTANA PÁEZ, E.: "Art. 11. Competencia basada en la presencia del menor", en PALAO MORENO, G. (dir.): *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental, y sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

SERRANO SÁNCHEZ, L.:

- "Cuestiones de Ley aplicable al matrimonio entre adolescentes. Un análisis comparado con Iberoamérica", en CUARTERO RUBIO, M. V. (dir.): *El Derecho de Familia a la luz del derecho fundamental europeo a la vida familiar*, Aranzadi, Navarra, 2025, en prensa.
- *La protección de la infancia y de la adolescencia víctima de violencia familiar en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2024.

STEFAN, A.: "Early Marriage in Germany: Law and Politics of Cultural Demarcation", in ARNOLD, S. y HEIDERHOFF, B. (eds.): *Children in Migration and International Family Law. The Child's Best Interests Principle at the Interface of Migration Law and Family Law*, Springer, Nueva York, 2025.

THOMA, I.: "Public policy (ordre public)", in BASEDOW, J. et al (ed.): *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 2, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017.

VON HEIN, J.: "Germany", in AA.VV.: *Encyclopedia of Private international law*, vol. 3 (editado por J. Basedow et al), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017.



LA APLICACIÓN DEL FORO EN MATERIA
EXTRA CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO
MEDIOAMBIENTAL Y LA POSIBLE CREACIÓN DE UN
FORO DE NECESIDAD EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN
EUROPEA

*THE APPLICATION OF THE NON-CONTRACTUAL FORUM IN
ENVIRONMENTAL MATTERS AND THE POSSIBLE CREATION
OF A FORUM OF NECESSITY WITHIN THE EUROPEAN UNION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 820-851

Josep Gunnar
HORRACH
ARMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto analizar la situación actual del foro en materia extracontractual en la Unión Europea en el ámbito de los daños medioambientales. Asimismo, se propone la creación de un foro de necesidad para aquellos casos en los que los daños son producidos en terceros países por grandes empresas o grupos empresariales, normalmente de carácter transnacional, cuyo intrincado entramado empresarial puede dificultar a las víctimas la obtención de una adecuada tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVE: Foro de necesidad; Foro en materia extracontractual; daños medioambientales; UE.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to analyze the status of the non-contractual forum in the European Union in the field of environmental damage. It also proposes the creation of a forum necessitatis for those cases in which damage is caused in third countries by large companies or business groups, usually transnational, whose intricate corporate network makes it difficult for victims to obtain adequate and effective judicial protection.*

KEY WORDS: *Forum necessitatis; non-contractual forum; environmental damage, European Union.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. TIPOLOGÍA DE DAÑOS MEDIOAMBIENTALES.- I. Daños medioambientales en sentido amplio.- 2. Daños ecológicos puros y daños contra los derechos subjetivos.- III. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA UBICUIDAD A LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES.- I. Disociación entre hecho causal y materialización del daño.- 2. Idoneidad del doble foro y tipos de acciones.- IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL *FORUM DELICTI COMMISSI*.- I. El principio de unidad económica.- 2. ¿Daños medioambientales o daños contra derechos subjetivos?- V. FORO DE NECESIDAD.- I. Mecanismos alternativos al foro de necesidad.- 2. Propuesta de *forum necessitatis* en materia medioambiental.- A) *Excepcionalidad*.- B) *Subsidiariedad*.- C) *Existencia de una conexión suficiente*.- D) *Razones por las cuales se descartó el forum necessitatis en el RBI bis*.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN¹.

El presente estudio se divide en dos partes fundamentales. La primera está dedicada al análisis del estado actual del foro en materia extracontractual en el ámbito de los daños medioambientales. En esta primera parte se analiza la reciente jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación del foro en materia delictual o cuasidelictual del Reglamento núm. 1215/2012² (en adelante, RBI bis), con el fin de extraer conclusiones que permitan entender cómo debe interpretarse y aplicarse dicho foro respecto de los daños ambientales en la actualidad. Tras ello, se analiza si este foro resulta idóneo para hacer frente a los daños medioambientales, sobre todo teniendo en cuenta aquellas infracciones al medioambiente perpetradas por grandes empresas o grupos empresariales de carácter transnacional. Por otro lado, la segunda parte está dedicada al análisis sobre la idoneidad y oportunidad de incorporar un foro de necesidad en la futura reforma del RBI bis. En concreto, se evalúa la viabilidad de la creación de este foro en el marco europeo (dado que algunos Estados miembros ya cuentan con dicho *forum necessitatis*) para hacer frente a los daños medioambientales acaecidos en terceros Estados, en los cuales suele haber una normativa más permisiva en materia medioambiental.

1 El presente artículo está basado en la ponencia presentada al Primer Encuentro de Jóvenes investigadores en Derecho internacional privado y sostenibilidad realizado en el marco del proyecto JUSOT -Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)- CIPROM 2023-64 (GV).

2 Reglamento (UE) núm. 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. DOUE núm. 351 de 20.12.2012.

• Dr. Josep Gunnar Horrach Armo

Profesor Titular Laboral de Derecho Internacional Privado de la Universitat de les Illes Balears. Graduado en Derecho por la UIB, obteniendo el premio extraordinario de carrera; Doctorado en Derecho, obteniendo la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad y la mención de doctorado internacional. Profesor de la Facultad de Derecho de la UIB desde 2016 en las asignaturas de Derecho internacional Privado (grado y máster) y Nociones básicas de Derecho (grado). Las principales líneas de investigación versan sobre las nuevas tecnologías (plataformas virtuales, smart contracts, tecnología blockchain y criptoactivos) y la competencia desleal. Ha realizado dos estancias de investigación en el *Max-Planck-Institut* de Hamburgo y actualmente es vicedecano de la Facultad de Derecho de la UIB. Correo electrónico: joseph.horrach@uib.es.

II. TIPOLOGÍA DE DAÑOS MEDIOAMBIENTALES.

I. Daños medioambientales en sentido amplio.

En el presente epígrafe se analizan una serie de cuestiones fundamentales para comprender qué debe entenderse por daño medioambiental y cuándo éste debe analizarse desde la óptica del DIPr. En cuanto a la primera cuestión, cabe traer a colación la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental³, en cuyo art. 2 se define que debe entenderse por daño medioambiental en el ámbito de la Unión Europea: «a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos [...]; b) los daños a las aguas [...]; c) los daños al suelo». En este contexto, también cabe traer a colación la definición de daño medioambiental recogida en el Reglamento núm. 864/2007 relativo la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales⁴ (en adelante, RRII), en el cual se define como «el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos» (cdo. núm. 24).

Por su parte, en la reciente Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁵ se recogen una serie de «efectos adversos para el medio ambiente» [art. 3.1.b)], entre los cuales cabe destacar los siguientes: a) Parte I del Anexo: «cualquier degradación ambiental medible», como el cambio nocivo del suelo, la contaminación del agua o del aire, las emisiones nocivas, el consumo excesivo de agua, la degradación de la tierra o la deforestación (ap. 15). b) Parte II: los efectos adversos para la diversidad biológica (ap. 1); la prohibición de importar, exportar o introducir especies del mar sin permiso (ap. 2); la prohibición de producir y utilizar sustancias químicas prohibidas (ap. 6); la prohibición de exportar desechos peligrosos (ap. 10).

Como se puede observar, en las definiciones relativas al daño medioambiental previstas en las dos primeras normativas se hace referencia, con carácter general, al daño producido a las especies naturales (flora y fauna) y, asimismo, a los recursos naturales. La Directiva 2024/1760 también se refiere a estos daños ambientales “tradicionales”, si bien añade otros muchos efectos adversos para el medioambiente que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de integrar la diligencia debida en las políticas de las empresas sujetas a dicha Directiva. Sea como fuere, lo cierto es

3 Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. DOUE núm. 143, de 30.04.2004.

4 Reglamento núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). DOUE núm. 199, de 31.07.2007.

5 Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. DOUE núm. 1760, de 5.07.2024.

que la doctrina suele dividir los daños medioambientales en dos grandes bloques. A tal efecto, cabe diferenciar entre daño ecológico puro y daño a los derechos subjetivos como consecuencia de una actuación contraria al medioambiente⁶, los cuales son objeto de análisis en el próximo apartado.

2. Daños ecológicos puros y daños contra los derechos subjetivos.

En cuanto a los daños ecológicos puros, cabe definirlos como aquellos que se causan al ambiente con independencia de la afectación a intereses particulares, es decir, son aquellos que se caracteriza por afectar al medio ambiente de forma genérica sin afectar especialmente a uno o varios sujetos concretos⁷ (v.g. la degradación de la calidad del aire en las grandes ciudades o la contaminación de los mares). La cuestión sobre la posibilidad de reclamar por daño medioambiental (legitimidad activa) resulta clara cuando dicho daño afecta a una persona o a la propiedad de un particular, pero no así en el caso de los daños ecológicos puros, dado que éstos suponen la vulneración de un interés difuso⁸ y, además, porque históricamente han sido tutelados por el Derecho público⁹.

En este contexto, como indica CARBALLO PIÑEIRO, «la respuesta más inmediata es que corresponde a los Estados y las entidades u órganos públicos correspondientes realizar tal defensa. Ahora bien, una respuesta más elaborada y acorde con el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro apunta a que también debe corresponder a particulares y asociaciones la defensa del ambiente»¹⁰. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que Directiva 2004/35/CE «sólo reconoce a los Estados la posibilidad de actuar contra los contaminadores, en tanto que las asociaciones y las organizaciones no gubernamentales solo pueden reclamar en contra de la inactividad de un Estado, pero no directamente contra los particulares que realizan actos contaminantes»¹¹. Aunque la Directiva no permita a los particulares

6 A tal efecto, *vid.*: LOZANO CUTANDA, B.: “El nuevo sistema de responsabilidad medioambiental para la reparación de los daños ecológicos puros”, en AA.VV.: *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (coord. por E. PÉREZ ALONSO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 453-478, p. 453.

7 Como indica GARCÍA ÁLVAREZ, el daño ecológico puro es «la lesión al medio ambiente en sí, como bien jurídico que es objeto de protección específico por el ordenamiento. Este bien se compone del conjunto de recursos naturales protegidos en cada ordenamiento y su vulneración da lugar a los llamados daños ecológicos». GARCÍA ÁLVAREZ, L.: *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 35.

8 CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Litigación internacional y daños al ambiente”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 1, 2018, pp. 65-88, p. 71.

9 Como indica GARCÍA ÁLVAREZ, el medio ambiente en sí mismo considerado (como bien jurídico) es objeto de tutela por el Derecho administrativo y el Derecho penal. Como explica la autora, «el Derecho civil ha jugado un papel residual ante los daños ambientales, limitándose a aquellos casos de daños individuales a derechos subjetivos como la propiedad, la salud o la vida». Por tanto, el Derecho civil no tutela al medio ambiente, sino a los derechos afectados por los daños al medio ambiente. GARCÍA ÁLVAREZ, L.: *Daños ambientales*, cit., pp. 38-40.

10 CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Litigación internacional”, cit., p. 71.

11 CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Litigación internacional”, cit., p. 71 a 74. La citada autora propone que las ONGs puedan demandar directamente a los contaminadores, ya sean entidades públicas o sujetos privados. La autora recalca que la admisión de la legitimación activa de las ONGs tiene «limitaciones importantes

interponer acciones contra los contaminadores por los daños ecológicos puros, no cabe obviar que ésta reconoce la aplicación de las normas sobre jurisdicción internacional del RBI bis (cdo. 10). Por tanto, aunque únicamente los Estados puedan iniciar acciones contra los causantes de un daño ecológico puro, tales acciones son subsumibles en la «materia civil y mercantil», por lo que entran dentro del ámbito de aplicación del RBI bis¹². Ello justifica que estos daños también deban ser tratados, por consiguiente, desde el punto de vista del DIPr cuando tengan alcance transfronterizo.

La segunda categoría de daños contra el ambiente es la relativa a los daños contra los derechos subjetivos. Si bien estos daños tradicionalmente se han identificado como daños ambientales, GARCÍA ÁLVAREZ entiende que no se trata de daños ambientales propiamente dichos, dado que «el bien jurídico que se protege no es el ambiente sino otros derechos subjetivos como la propiedad o la salud»¹³. Así, por ejemplo, se podrían subsumir en esta categoría la afectación de la salud de una o varias personas por beber agua contaminada o la pérdida de cultivos por la contaminación de sus terrenos. El RRIL, al referirse al daño medioambiental, hace referencia tanto al daño ecológico puro («daño medioambiental» en sentido estricto) como a los derechos subjetivos vulnerados como consecuencia de dicho daño («daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño»); lo que viene a corroborar que ambas tipologías de daños forman parte de la «materia civil y mercantil» y que, por consiguiente, deben ser objeto de análisis desde el punto de vista del DIPr cuando tengan repercusión transfronteriza¹⁴. En este escenario, cabe preguntarse qué debe entenderse por daño medioambiental con repercusión transfronteriza. A nuestro parecer, cabe atender a las exigencias derivadas del instrumento normativo que deba aplicarse, en nuestro caso el RBI bis. A tal efecto, las disposiciones recogidas en dicho Reglamento serán aplicables en asuntos con «repercusiones transfronterizas» (cdo. 3 y 26). En concreto, se requiere la concurrencia de un «elemento extranjero» para la aplicación del

debido al temor a una avalancha de demandas, potencialmente paralizante de la economía. Así, con la excusa de abuso de proceso, los legisladores restringen el acceso a los tribunales a través de imponer la necesidad de que el demandante sea representativo de los intereses que dice representar» (p. 72 y 73).

12 CARBALLO PIÑEIRO, L.: "Litigación internacional", cit., p. 76 y 77. Como indica la citada autora, «son los Estados los que, por regla general, se ocupan de proteger el ambiente en tanto que interés difuso y, por tanto, ello podría condicionar una comprensión de esta cuestión como de Derecho público y no como una materia de Derecho privado». No obstante, concluye que «la interpretación de la Directiva (2004/35/CE) lleva a la conclusión de que los casos de daño medioambiental son, de hecho, "materia civil y comercial"».

13 GARCÍA ÁLVAREZ, L.: *Daños ambientales*, cit., p. 57.

14 Cabe tener presente que la Directiva 2004/35/CE «no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños». Ello es coherente con la remisión de la Directiva a los instrumentos europeos en materia de legislación aplicable y jurisdicción internacional (considerando núm. 10). Naturalmente, estas fuentes son aplicables, en relación con su esfera de actuación (competencia judicial internacional y ley aplicable), respecto de los daños a los derechos subjetivos causados por daños medioambientales.

RBI bis, como indica la doctrina mayoritaria¹⁵ y la jurisprudencia del TJUE¹⁶. En este contexto, el «elemento extranjero» puede concurrir cuando acaezca, por ejemplo, alguna de las siguientes circunstancias: a) cuando el causante del daño medioambiental y el afectado estén domiciliados en distintos Estados; cuando el causante del daño esté domiciliado en un Estado distinto del lugar donde se han manifestado los efectos directos del daño o cuando el daño medioambiental se despliegue en distintos Estados¹⁷.

Por último, en cuanto a la imputación del daño, cabe afirmar que para aplicar las normas protectoras en materia de Derecho civil debe existir un daño imputable a alguien (por lo que no cabe algar un daño causado en abstracto)¹⁸ y el correlativo nexo de causalidad. A este respecto, cabe tener presente el principio ampliamente conocido de «quien contamina paga»¹⁹, en cuya virtud «un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias», así como «el coste ocasionado por la evaluación de los daños medioambientales» (cdo. 18 Directiva 2004/35/CE).

- 15 MAGNUS U. Y MANKOWSKI, P.: *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, Vol. I, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 30-38. RODRÍGUEZ BENOT, A.: «Artículo 25», en AA.VV.: *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (coord. por P. BLANCO MORALES, F. GARAU, M. L. LORENZO GUILLÉN, F. J. MONTEIRO MURIEL), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 545-578, pp. 554 y 555. MASEDA RODRÍGUEZ, J.: «Contrato interno y sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero: ¿Situación interna o internacional?» *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 33, 2024, pp. 1-30, p. 5. GARAU SOBRINO, F.: *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Colex, 2008, p. 84. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Thomson Civitas, Navarra, 2007. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho Internacional privado*, 5ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp. 32 y 33. CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado, Vol. II*, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 208.
- 16 Véase, entre otras: STJUE de 8 de febrero de 2024, C566/22, Inkreal, EU:C:2023:768, ap. 19; STJUE de 14 de noviembre de 2013, Maletic, C478/12, EU:C:2013:735 (ap. 26 a 28); STJUE de 19 de julio 2012, Mahamdia, C-154/11, EU:C:2012:491 (ap. 39 y 40); STJUE de 19 de diciembre de 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860 (ap. 18 a 22); STJUE de 17 de noviembre de 2011, Hypoteční banka, C327/10, EU:C:2011:745 (ap. 29 a 32); STJUE de 1 de marzo de 2005, Owusu, C-281/02, EU:C:2005:120 (ap. 24 a 27). STJUE de 14 de julio de 2022, C-274/21, EPIC Financial Consulting, EU:C:2022:565, ap. 57; STJUE de 7 de mayo de 2020, Rina, C641/18, EU:C:2020:349, ap. 25. Asimismo, *vid.*: Dictamen I/03 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 7 de febrero de 2006, Avis I/03, EU:C:2006:81 (ap. 143 a 145).
- 17 Otros elementos extranjeros, como la nacionalidad de las partes, quizás no tienen la suficiente relevancia para transformar el asunto en transfronterizo en este ámbito, si bien habrá que estar a las circunstancias concurrentes del asunto y a la valoración del tribunal que conozca de éste.
- 18 GARCÍA ÁLVAREZ, L.: *Daños ambientales*, cit., 42. Asimismo, cabe tener en cuenta el cdo. 13 de la Directiva 2004/35/CE, el cual indica lo siguiente: «No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales».
- 19 A tal efecto, véase el cdo. núm. 25 RRII; el art. 1 y el cdo. núm. 18 de la Directiva 2004/35/CE; y el art. 191.2 del Tratado de la Unión Europea.

III. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA UBICUIDAD A LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES.

En el presente epígrafe se analiza sucintamente la denominada teoría de la ubicuidad y su aplicación a los ilícitos medioambientales, con el objetivo de que las partes puedan accionar contra los presuntos infractores ante los tribunales competentes, ya sea para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, solicitar la reparación del daño o exigir la cesación de la conducta ilícita. Para la aplicación del foro en materia delictual o cuasidelictual previsto en el art. 7.2 del RBI bis²⁰ partimos de la premisa de que el demandado debe estar domiciliado en un EM²¹ y que las partes no se han sometido a un concreto tribunal. Además, cabe tener presente que pueden aplicarse otros foros de forma alternativa al foro en materia extracontractual²², por lo que será el demandante el que, conforme a su estrategia procesal, escoja el que mejor le convenga a sus intereses.

I. Disociación entre hecho causal y materialización del daño.

El foro en materia delictual o cuasidelictual contenido en el art. 7.2 del RBI bis indica que la demanda se podrá interponer «ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso». Según reiterada jurisprudencia del TJUE, en virtud de este precepto el afectado o perjudicado por un daño podrá interponer la demanda ante los tribunales del lugar del hecho causal o ante los tribunales del lugar de materialización del daño²³. Esta teoría es conocida por la doctrina como la «teoría de la ubicuidad»²⁴, dado que distingue entre el lugar

20 El TJUE ha indicado que el precepto dedicado a la materia delictual o cuasidelictual, debido a su formulación amplia, engloba gran diversidad de tipos de responsabilidad, entre las cuales cabe subsumir la materia medioambiental. A tal efecto, *vid.*: STJUE de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, ap. 1-6. Afirmando la plena aplicación del *forum delicti commissi* en materia ambiental: MORENO BLESÁ, L.: “Competencia judicial internacional y Derecho aplicable en la obsolescencia programada (Parte II)”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 5, 2017, p. 13.

21 ÁLVAREZ ARMAS, E.: “La extensión del campo de aplicación «personal» del artículo 5.3 del Reglamento Europeo «Bruselas I» a contaminadores domiciliados en países terceros”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 20, 2011, pp. 45-72. El citado autor indica que se podría suprimir esta condición de aplicabilidad del RBI para poder aplicar el foro del art. 7.2 (teniendo en cuenta el lugar del resultado dañoso) y «cazar» así a los contaminadores de países terceros que generan un daño en un país de la UE.

22 Así, por ejemplo, las partes podrán acudir al *forum domicilii* (art. 4), teniendo en cuenta el concepto de persona jurídica del art. 63; al foro por conexidad procesal cuando estemos ante varios codemandados (art. 8.1); al foro de la acción penal cuando el tribunal conozca de la acción civil por daños y perjuicios (art. 7.3); e, incluso, cuando se den las circunstancias necesarias para ello, al foro del art. 7.5 del RBI bis.

23 Entre otras, *vid.*: STJUE de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, ap. 19; STJUE de 5 de junio de 2014, *Coty Germany*, C-360/12, EU:C:2014:1318 (ap. 47) y STJUE de 16 de mayo de 2013, *Melzer*, C228/11, EU:C:2013:305 (ap. 26).

24 Para una visión amplia sobre la «teoría de la ubicuidad», *vid.*: PALAO MORENO, G.: “La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 74, 2015, pp. 333-352, en especial, págs. 340-342. Un amplio estudio sobre las implicaciones de la tesis de la ubicuidad puede verse en: CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 7-178, p. 86 y ss. Asimismo, *vid.*: HORRACH ARMO, J. G.: *La competencia judicial internacional en el ámbito de las plataformas de criptoactivos*, Colex, A Coruña, 2025, pp. 274 y 275. HORRACH ARMO, J. G.: *Jurisdicción y ley aplicable en materia de competencia desleal en el marco de la economía de las plataformas virtuales*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 75-77. MAGNUS U. y MANKOWSKI, P.:

dónde ser originó la acción que ocasionó el daño y el lugar donde se producen los efectos directos de ese daño; pudiendo, el demandante -a su elección- interponer la acción ante cualquiera de esas dos jurisdicciones²⁵. Naturalmente, para que pueda aplicarse la teoría de la ubicuidad debe existir, ciertamente, una disociación entre el lugar dónde se ha cometido el hecho generador del daño medioambiental y el lugar donde se materializan los efectos directos de ese daño²⁶; es decir, resulta necesario que el daño tenga carácter plurilocalizado para que pueda aplicarse este doble foro. En este sentido, se habla de daños plurilocalizados cuando una conducta es susceptible de afectar a los intereses protegidos en más de un Estado, causando una responsabilidad parcelada por países²⁷.

El doble foro contenido en el art. 7.2 RBI bis tiene una justificación lógica, dado que si se tuviera presente únicamente el lugar del hecho causal del daño, este foro se confundiría con el foro del domicilio del demandado (art. 4) en un número apreciable de casos²⁸; mientras que, elegir únicamente el lugar de materialización del daño, cuando el hecho causante del daño no coincida con el *forum domicilii*, significaría «la exclusión de una conexión apropiada con la competencia de un órgano jurisdiccional particularmente próximo a la causa del daño»²⁹. En este contexto, el TJUE ha precisado que debido a la estrecha relación existente entre los elementos constitutivos de toda responsabilidad no parece oportuno excluir uno de los puntos de conexión en favor de otro, «dado que cada uno de ellos puede, según las circunstancias, proporcionar indicaciones particularmente útiles desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso»³⁰.

European Commentaries, cit., p. 277. CORDERO ÁLVAREZ, C. I.: “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3° del Reglamento 44/2001”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IX, 2009, pp. 411-428, p. 415. VON HEIN, J.: “Protecting Victims of Cross-Border Torts under Article 7 No. 2 Brussels Ibis: Towards a more Differentiated and Balanced Approach”, en AA.VV.: *Yearbook of Private International Law* (coord. BONOMI, A. y PAOLO ROMANO, G.), vol. XVI, Ottoschmidt, Lausanne, 2016, pp. 241-274, p. 244 a 246. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Litigación internacional en la Unión Europea I, Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 349.

25 STJUE de 10 septiembre de 2015, *Holtermann Ferho Exploitatie* y otros, C-47/14, EU:C:2015:574 (ap. 72). STJUE 21 de diciembre 2016, *Concurrence*, C618/15, EU:C:2016:976 (ap. 25). STJUE 5 de junio 2014, *Coty Germany*, C-360/12, EU:C:2014:1318 (ap. 46); entre otras.

26 STJUE de 16 de enero de 2014, *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7 (ap. 23).

27 CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional (Vol. II)*, cit., p. 1449 y 1508. CARRIZO AGUADO, D.: “Las obligaciones extracontractuales derivadas de actos de competencia desleal: cuestiones de ley aplicable”, en AA.VV.: *Derecho Internacional Privado Europeo. Diálogos con la práctica* (dir. DOMÍNGUEZ LOZANO, P.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 269-282, p. 280.

28 STJUE de 7 de marzo de 1995, *Shevill and Others v Presse Alliance*, C-68/93, EU:C:1995:61, ap. 27; STJUE de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, ap. 20.

29 STJUE de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, ap. 21. Además, el TJUE apunta que en las legislaciones y jurisprudencias nacionales se daba cabida uno u otro criterio de conexión, incluso con carácter acumulativo, por lo que una interpretación en la que tengan cabida ambas soluciones significa una unificación que evita posibles desajustes en el marco de los distintos derechos nacionales (ap. 23).

30 En este mismo sentido, *vid.*: STJUE de 5 de junio de 2014, *Coty Germany*, C-360/12, EU:C:2014:1318 (ap. 47) y STJUE de 16 de mayo de 2013, *Melzer*, C228/11, EU:C:2013:305 (ap. 26). STJUE de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, ap. 17. STJUE de 4 de julio

En este orden de consideraciones, cabe tener presente que, para aplicar el *forum delicti commissi*, el daño alegado debe ser directo³¹. En este sentido, como ha indicado el TJUE de forma reiterada, «el concepto de “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” no puede interpretarse de una manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar [...] y que dicho concepto no comprende el lugar del domicilio del demandante en el que se localice el centro de su patrimonio únicamente por el hecho de que el demandante haya sufrido en ese lugar un perjuicio económico como consecuencia de la pérdida de una parte de ese patrimonio acaecida y sufrida en otro Estado miembro»³². Asimismo, el Alto Tribunal ha precisado que «se debe distinguir por un lado, entre el daño inicial, directamente derivado del hecho causal, cuyo lugar de producción podría justificar la competencia del juez en virtud del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012, y, por otro lado, las consecuencias adversas posteriores que no pueden fundamentar la atribución de competencia sobre la base de esta disposición»³³.

Por ende, los daños indirectos sufridos como consecuencia de actos contrarios al medioambiente no podrán fundamentar la jurisdicción de los tribunales a través de la aplicación del foro en virtud del lugar de materialización del daño. Así, por ejemplo, imaginemos que una persona domiciliada en España ha invertido cien mil euros en un fondo de inversión dedicado al sector de la agricultura llamada AGRIEURO, el cual tiene empresas situadas en España e Italia y que, como consecuencia de unos vertidos contaminantes producidos en Italia, disminuyen drásticamente el valor de sus participaciones. En principio, este sería un daño financiero indirecto causado por la acción medioambiental que no permitiría

de 2024, C-425/22, MOL, ECLI:EU:C:2024:578, ap. 26. Asimismo, *vid.*: LEIBLE, S.: “Art. 7 Brüssel Ia-VO”, en AA.VV.: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Kommentar. Brüssel Ia-VO* (coord. por T. RAUSCHER), 4.ª ed., Ottoschmidt, Colonia, 2016, pp. 260-374, p. 334.

31 Sobre la necesidad de que el daño sea directo para aplicar el foro en materia delictual, véase la reciente STJUE de 4 de julio de 2024, C-425/22, MOL, ECLI:EU:C:2024:578, ap. 28-30.

32 STJUE de 12 de septiembre de 2018, Löber, C304/17, EU:C:2018:701 (ap. 23). Añade el TJUE que «las consecuencias económicas que afecten al demandante no justifican por sí solas la atribución de la competencia a los tribunales del domicilio de aquel si tanto el hecho causal del daño como la materialización del mismo están localizados en el territorio de otro EM» (ap. 24). Asimismo, *vid.*: STJUE 19 de septiembre de 1995, *Marinari/Lloyd's Bank*, C364/93, EU:C:1995:289 (ap. 14); STJUE de 10 de junio de 2004, *Kronhofer*, C168/02, EU:C:2004:364 (ap. 19 y 21); STJUE 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449 (ap. 34 y 35); STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C375/13, EU:C:2015:37 (ap. 49); STJUE 29 de julio de 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, EU:C:2019:635 (ap. 29 a 31); STJUE de 1 de enero de 1990, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, C220/88, EU:C:1990:8 (ap. 14, 15 y 22). Asimismo, *vid.*: MAGNUS U. y MANKOWSKI, P.: *European Commentaries*, cit., p. 305. Como indica Mankowski, si los daños financieros indirectos u otras consecuencias indirectas pudieran fundamentar la competencia judicial internacional de un tribunal en virtud del lugar de materialización del daño, se estaría dando demasiado peso al domicilio del demandante, en cuyo caso podría convertirse este foro en un verdadero *forum actoris*, lo cual resulta indeseable (p. 305 y 306).

33 STJUE de 22 de febrero de 2024, *FCA Italy y FPT Industrial*, C81/23, EU:C:2024:165, ap. 28.

interponer la demanda en España por el mero hecho de haber sufrido un daño patrimonial en nuestro Estado.

En relación con lo que se acaba de comentar, cabe tener presente que «la responsabilidad delictual o cuasidelictual solo puede exigirse cuando se pruebe un nexo causal entre el daño y el hecho ilícito que lo origina»³⁴, lo que no siempre resultará sencillo en la materia que nos ocupa. Además, el lugar donde se materializa el daño³⁵ no debe confundirse con el lugar donde se realiza el hecho que ha causado dicho daño³⁶. Así, por ejemplo, imaginemos que una empresa vierte unos vertidos altamente contaminantes en un río europeo situado en Francia (lugar del hecho causal) y sus efectos contaminantes llegan a Países Bajos (lugar de materialización del daño), como ocurrió en el caso de las Minas de Potasio de Alsacia. Otro ejemplo basado en el asunto Zuid-Chemie: una empresa fabrica fertilizantes nocivos para el suelo o subsuelo y los vende a distintos países, en cuyo caso el hecho causal se ubicará en el lugar de fabricación³⁷, mientras que el lugar de producción del daño se situará en cada uno de los países donde se ha distribuido dicho fertilizante, por constituir el lugar donde se ha producido un perjuicio directo en el suelo o subsuelo.

2. Idoneidad del doble foro y tipos de acciones.

Como ha indicado el TJUE, los tribunales competentes en virtud del foro en materia delictual o cuasidelictual tienen una vinculación suficiente con el objeto del proceso y su competencia resulta previsible para el demandado³⁸. En efecto,

34 STJUE de 9 diciembre de 2021, HRVATSKE ŠUME, C-242/20, EU:C:2021:985, ap. 53. STJUE de 16 julio 2009, Zuid-Chemie, C-189/08, EU:C:2009:475 (ap. 28); STJUE 30 noviembre 1976, Handelskwekerij Bier/ Mines de Potasse d'Alsace, C-21/76, EU:C:1976:166 (ap. 16).

35 Como indica el TJUE, «constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el lugar de la materialización del daño es el lugar donde el perjuicio alegado se manifiesta de forma concreta». STJUE de 16 de julio de 2009, Zuid-Chemie, C-189/08, EU:C:2009:475 (ap. 27); STJUE de 12 de septiembre de 2018, Löber, C304/17, EU:C:2018:701 (ap. 27); STJUE de 21 de mayo de 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335 (ap. 52).

36 Como indica el TJUE, el art. 7.2 RBI bis «se basa en la existencia de un vínculo de conexión particularmente estrecho entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso». STJUE de 5 de junio de 2014, Coty Germany, C-360/12, EU:C:2014:1318, ap. 47; STJUE de 16 de mayo de 2013, Melzer, C228/11, EU:C:2013:305, ap. 26. Para concretar el lugar del origen del daño cabe tener en cuenta, en primer lugar, donde se produjo el hecho causal que provocó el daño, es decir, el lugar del hecho causal es el lugar donde se localiza el hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual. SABIDO RODRÍGUEZ, M.: «Artículo 7.2», en AA.VV.: *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (coord. por P. BLANCO MORALES, F. GARAU, M. L. LORENZO GUILLÉN, F. J. MONTEIRO MURIEL), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 188-215, p. 190. MAGNUS U. Y MANKOWSKI, P.: *European Commentaries*, cit., p. 276.

37 STJUE de 16 julio 2009, Zuid-Chemie, C-189/08, EU:C:2009:475 (ap. 27 y 29).

38 En este sentido, el TJUE ha manifestado que el foro recogido en el art. 7.2 RBI bis se basa, sin distinguir entre el hecho causal o la materialización del daño, en la existencia de un vínculo de conexión particularmente estrecho entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso. STJUE de 5 junio 2014, Coty Germany, C-360/12, EU:C:2014:1318 (ap. 47); STJUE 16 de mayo de 2013, Melzer, C228/11,

una empresa que comete una actuación contraria al medioambiente se debe representar como previsible que pueda ser demandada ante los tribunales del lugar dónde se inició u originó dicha conducta (lugar del hecho causal) o ante los órganos jurisdiccionales del lugar dónde se producen los efectos perjudiciales directos de esa conducta (lugar de materialización del daño).

En cuanto al lugar del hecho causal, la competencia del órgano jurisdiccional basado en el lugar de generación del daño puede resultar muy útil respecto de las acciones preventivas, de rectificación o de cesación³⁹, debido a la proximidad entre el objeto del litigio y el tribunal que conocerá de la acción. Estas acciones de prevención, reparación y cesación resultan fundamentales en el ámbito medioambiental porque permiten evitar, corregir o detener daños al medio ambiente de forma rápida y eficaz, garantizando la sostenibilidad de los ecosistemas y los derechos subjetivos de los colectivos afectados. Asimismo, el tribunal competente en virtud de este foro será el más adecuado en términos de proximidad y facilidad para la práctica de la prueba (criterio fundamental en materia medioambiental por razones de una buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso⁴⁰) y para poder ordenar una posible cesación de la actividad ilícita⁴¹. Por consiguiente, cabe concluir que este foro resulta idóneo para prevenir, cesar o reparar los daños en materia medioambiental, si bien su utilidad resultará reducida en la práctica debido a que, en la mayoría de las ocasiones, coincidirá con el foro del domicilio del demandado (art. 4), en cuyo caso se aplicará este último con preferencia. Por lo demás, el tribunal que conozca del asunto en virtud del lugar del hecho causal será competente para reparar la integridad de los daños que se puedan originar⁴².

EU:C:2013:305 (ap. 26); STJUE de 19 de abril de 2012, Wintersteiger, C-523/10, EU:C:2012:220 (ap. 31). STJUE de 22 de febrero de 2024, FCA Italy y FPT Industrial, C81/23, EU:C:2024:165, ap. 24.

39 ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á.: "Competencia judicial internacional respecto de actos desleales con los competidores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 276-305, p. 291.

40 STJUE de 17 de octubre de 2017, Bolagsupplysningen y Ilsjan, C-194/16, EU:C:2017:766 (ap. 27); STJUE de 16 de mayo de 2013, Melzer, C228/11, EU:C:2013:305 (ap. 27); STJUE de 21 de mayo de 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335 (ap. 40); STJUE de 16 de julio de 2009, Zuid-Chemie, C-189/08, EU:C:2009:475 (ap. 24); STJUE de 1 de enero de 1990, Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros, C220/88, EU:C:1990:8 (ap. 17); STJUE de 1 de octubre de 2002, Henkel, C-167/00, EU:C:2002:555 (ap. 46); STJUE de 19 de septiembre de 1995, Marinari/Lloyd's Bank, C364/93, EU:C:1995:289 (ap. 10); Sentencia de 7 de marzo de 1995, Shevill and Others v Presse Alliance, C-68/93, EU:C:1995:61 (ap. 19).

41 Como indica el TJUE, «el órgano jurisdiccional del lugar donde se ha producido el hecho dañoso es normalmente el más adecuado para conocer del asunto, sobre todo por motivos de proximidad del litigio y de facilidad para la práctica de la prueba. Pues bien, estas consideraciones son igualmente válidas tanto si el litigio tiene por objeto la reparación de un perjuicio que ya se ha producido como si el objeto de la acción se dirige a impedir que se produzca el daño. [...] Por tanto, no puede acogerse la interpretación del artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas según la cual la aplicación de dicha disposición está subordinada a que se produzca efectivamente el daño. Además, resultaría contradictorio exigir que una acción de cesación de un comportamiento que se considera ilícito, como la que se ha ejercitado en el litigio principal, cuyo objeto consiste precisamente en evitar el perjuicio, pueda entablarse únicamente después de que éste se haya producido». STJUE de 1 de octubre de 2002, Henkel, C-167/00, EU:C:2002:555 (ap. 46 a 49).

42 STJUE de 25 de octubre de 2011, eDate Advertising y otros, C-509/09, EU:C:2011:685 (ap. 42); STJUE de 7 de marzo de 1995, Shevill and Others v Presse Alliance, C-68/93, EU:C:1995:61 (ap. 33).

En cambio, el tribunal competente en virtud del lugar de materialización del daño únicamente puede conocer del daño producido en su circunscripción territorial⁴³ (tal como ha indicado el TJUE en relación con los daños a la personalidad⁴⁴ y la vulneración de los derechos de autor⁴⁵). El hecho de que el tribunal de un EM sólo pueda conocer del daño ocasionado en dicho territorio se justifica en que «si dicho órgano jurisdiccional fuera también competente para conocer del daño causado en el territorio de otros EEMM, sustituiría a los tribunales de dichos Estados, mientras que éstos son, en principio, competentes, en virtud del art. 5, punto 3 (*actual* 7.2) del Reglamento y del principio de territorialidad, para conocer del daño causado en el territorio de su respectivo EM y están en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado los derechos patrimoniales de autor garantizados por el EM de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado»⁴⁶.

Aunque la jurisprudencia del TJUE se haya centrado en los derechos de autor y los daños contra la personalidad, entendemos plenamente trasladable dicha doctrina a los daños medioambientales, toda vez que el tribunal de dicha circunscripción territorial será el mejor posicionado para valorar el alcance de los daños acaecidos en su propio Estado (sin perjuicio, además, de las consideraciones relativas al principio de territorialidad). De esta forma, imaginemos que una empresa traslada desechos peligrosos a varios EEMM de forma ilícita y clandestina, provocando un daño medioambiental importante en cada uno de ellos. En este escenario, parece coherente que el tribunal de cada EM donde se ha producido un daño medioambiental sea competente para evaluar los daños acaecidos en su circunscripción territorial, dado que estará en una posición inmejorable para calcular los efectos nocivos acaecidos en dicho territorio. A su vez, no resulta razonable que, conforme al principio de territorialidad y la doctrina del TJUE, sustituya a los tribunales nacionales de los restantes EEMM en el análisis y enjuiciamiento de las conductas ilícitas cometidas en sus países. Con todo, este foro resulta especialmente idóneo para que los perjudicados por un daño medioambiental

43 Como indica Otero García-Castrillón, «el fuero del *locus delicti* (art. 5.3), tal y como ha sido interpretado por el TJUE en el asunto *Beier*, permite establecer la competencia de los tribunales del lugar en el que se produce el daño directo (*locus damni*) respecto de los daños sufridos en dicho territorio, o de los tribunales del lugar en el que se materializó su causa (*locus causae*), para las demandas relativas a todos los daños provocados, con independencia de dónde fueran sufridos». A tal efecto, *vid.*: OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 2013, núm. 21, pp. 367-400, en especial, pp. 319 y 380. LEIBLE, S., “Art 7 Brüssel”, *cit.*, p. 343.

44 STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09, EU:C:2011:685 (ap. 42 y 52); STJUE de 7 de marzo de 1995, *Shevill and Others v Presse Alliance*, C-68/93, EU:C:1995:61 (ap. 33). STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen y Ilsjan*, C-194/16, EU:C:2017:766 (ap. 47).

45 STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635 (ap. 45); STJUE de 3 de abril de 2014, *Hi Hotel HCF*, C387/12, EU:C:2014:215 (ap. 40); STJUE de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C441/13, EU:C:2015:28 (ap. 36).

46 STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635 (ap. 46) y STJUE de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C441/13, EU:C:2015:28 (ap. 37).

puedan interponer las oportunas acciones tendentes a la reclamación de los daños y perjuicios sufridos en sus derechos subjetivos.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL *FORUM DELICTI COMMISSI*.

En el presente epígrafe se detalla la situación actual del *forum delicti commissi* en materia medioambiental, teniendo en cuenta las últimas resoluciones del TJUE. En primer lugar, cabe advertir que, en los últimos años, el TJUE prácticamente no se ha pronunciado acerca de la aplicación del *forum delicti commissi* del art. 7.2 RBI bis en relación con los daños medioambientales, si bien es cierto que ha dictado varias sentencias relevantes cuyas consideraciones pueden aplicarse también en sede medioambiental. La ausencia de sentencias del TJUE interpretando el art. 7.2 en el ámbito medioambiental podría deberse, esencialmente, a dos razones esenciales. La primera razón puede deberse a que este foro se utiliza poco en la práctica en materia medioambiental debido a que existen alternativas igualmente válidas que permiten una adecuada tutela de estos derechos (v.g. *forum domicilii*), si bien cabe precisar que estamos ante una conjetura porque un estudio de esta cuestión a nivel comunitario desbordaría, con creces, el objeto del presente trabajo.

La segunda razón, aunque resulte obvia, es que la aplicación del foro en materia delictual o cuasidelictual no está ofreciendo a los operadores jurídicos dudas interpretativas esenciales para resolver el correspondiente procedimiento, por lo que, en dicho caso, el tribunal que está conociendo del asunto no necesita elevar la cuestión prejudicial al TJUE (conforme al art. 267 TFUE). A tal efecto, cabe recordar que el primer asunto que permitió entender que el art. 7.2 constituía un doble foro era el relativo a la Minas de Potasio de Alsacia⁴⁷, el cual versaba sobre un caso de vertidos contaminantes (la salinización del Rin debido a los vertidos realizados por la empresa minera que da nombre al asunto). Por tanto, desde sus inicios el TJUE estableció de forma clara y precisa que existía la posibilidad de demandar por daño medioambiental tanto en el lugar donde se hubiera materializado el daño, como en el lugar donde se hubiera producido el hecho causante de dicho daño. Esta claridad ha permitido que, en torno a esta cuestión, hayan surgido pocas dudas interpretativas, si bien en los últimos años se han planteado al TJUE otras cuestiones tangenciales que tienen repercusión en la aplicación de este foro en el ámbito ambiental, como seguidamente analizamos.

I. El principio de unidad económica.

En primer lugar, la sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024⁴⁸ resulta relevante porque trata el concepto de «unidad económica» en el ámbito del *forum delicti*

47 STJUE de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, ap. 19.

48 STJUE de 4 de julio de 2024, MOL, C-425/22, EU:C:2024:578.

comissi. A tal efecto, el TJUE indica que «se considera por regla general que una sociedad matriz y su filial forman una unidad económica básicamente cuando la primera ejerce una influencia decisiva sobre la segunda, de manera que esta última no se comporta de manera autónoma»⁴⁹. Como sigue argumentando el TJUE, «en tal situación, se considerará que todo el grupo es una “empresa” destinataria de las normas del Derecho de la competencia, las cuales deben ser acatadas por los miembros del grupo globalmente considerado, en el marco de una responsabilidad solidaria»⁵⁰.

En este asunto, la empresa MOL pedía que se aplicara la doctrina de la «unidad económica» a la inversa, es decir, que se le permitiera demandar, como perjudicada de una infracción del Derecho de la competencia, en el lugar del domicilio social de la matriz en virtud del lugar de materialización del daño (art. 7.2 RBI bis), con independencia de que el daño directo lo hubieran sufrido exclusivamente las filiales de dicha sociedad (ap. 35 y 36). En cambio, el TJUE descarta dicha doctrina por entender que es contraria a los principios de previsibilidad y proximidad en los que se basa el art. 7.2 RBI bis (ap. 37 y 38) y que «la posibilidad de reclamar el resarcimiento del daño causado por una infracción de la normativa en materia de competencia no se ve impedida por la inaplicabilidad de la teoría de la unidad económica para la determinación del “lugar donde se ha materializado el daño” a los efectos del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012, en unas condiciones como las del asunto principal»⁵¹.

Aunque el TJUE indica que este pronunciamiento está supeditado a las condiciones que rodean al asunto principal, de éste se pueden extraer algunas conclusiones que, a nuestro modo de ver, pueden extenderse al ámbito

49 STJUE de 4 de julio de 2024, MOL, C-425/22, EU:C:2024:578, ap. 33. En este mismo sentido, *vid.*: STJUE de 6 de octubre de 2021, Sumal, C882/19, EU:C:2021:800, ap. 43; STJUE de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C516/15 P, EU:C:2017:314, ap. 52 y 53. En esta última sentencia, el TJUE indica que «el comportamiento infractor de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica distinta, esa filial no determine de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplique, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas». En sentido similar, *vid.*: STJUE de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, EU:C:1972:70, ap. 131 a 133; STJUE de 25 de octubre de 1983, AEG-Telefunken/Comisión, 107/82, EU:C:1983:293, ap. 49 a 53; STJUE de 11 de julio de 2013, Team Relocations y otros/Comisión, C444/11 P, EU:C:2013:464, ap. 157; STJUE de 17 de septiembre de 2015, Total/Comisión, C597/13 P, EU:C:2015:613, ap. 35.

50 STJUE de 6 de octubre de 2021, Sumal, C882/19, EU:C:2021:800, ap. 39 y 44. Como se indica en el ap. 43, «de la jurisprudencia se desprende que el comportamiento de una sociedad filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica distinta, esa sociedad filial no determine de manera autónoma, en el momento de la comisión de la infracción, su comportamiento en el mercado, sino que aplique, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas, de modo que, en una situación como la descrita, estas forman parte de una misma unidad económica y constituyen, por tanto, una sola y misma empresa autora del comportamiento infractor».

51 Además, como se indica en las Conclusiones del Abogado general Sr. NICHOLAS EMILIOU de 8 de febrero de 2024, MOL, C425/22, EU:C:2024:131, ap. 70: «la solución propugnada por la demandante sería incompatible con el requisito según el cual los criterios de conexión deben apreciarse individualmente para cada víctima. Así se indicó claramente en la sentencia CDC Hydrogen Peroxide, que versaba sobre una acción que tenía por objeto múltiples pretensiones que habían sido cedidas a una única sociedad».

medioambiental. La primera de ellas es que una empresa que sufra un daño medioambiental directo en una de sus filiales (v.g. contaminación de sus cultivos debido a un vertido tóxico) no podrá alegar el daño patrimonial indirecto sufrido en el domicilio donde se encuentre su matriz para aplicar el foro del art. 7.2 en virtud del lugar de materialización del daño. Esta doctrina está, además, en consonancia con la jurisprudencia del TJUE que considera que sólo el daño directo sufrido puede fundamentar la aplicación de dicho foro⁵².

Por otra parte, puede afirmarse que el daño medioambiental cometido por una filial se puede imputar a la matriz cuando se cumplan los requisitos para ello, en especial, que la empresa matriz ejerza una influencia decisiva sobre la filial, de manera que esta última no se comporte de manera autónoma⁵³. No obstante, entendemos que la regla expuesta solo es aplicable para determinar la responsabilidad de la sociedad matriz (para imputarle la responsabilidad de la filial), pero no puede servir para afirmar que en dicho lugar se ha materializado un daño cuando éste se ha producido exclusivamente en el territorio donde está situada la filial. Dicho de otro modo, la teoría de la «unidad económica» no permite crear un foro artificial basado en el lugar dónde se ha materializado el daño, pues éste no se habrá producido de forma directa dónde esté situada la matriz, sino sólo donde esté ubicada la filial. De ahí que el TJUE afirme que se debe inaplicar la teoría de la unidad económica para determinar el lugar de materialización del daño⁵⁴. Por consiguiente, sólo se podrá demandar a la empresa matriz en virtud del foro del lugar de materialización del daño si, efectivamente, en dicho territorio se materializó un daño directo⁵⁵.

Con todo, la teoría de la «unidad económica» puede servir para aplicar el foro general del domicilio del demandado y que, de esta forma, el perjudicado por un daño medioambiental pueda accionar en dicho EM contra la empresa matriz. Así, por ejemplo, imaginemos que la empresa matriz está domiciliada en Francia y la filial en España. En este escenario, la empresa filial vende productos contaminantes

52 STJUE 29 de julio de 2019, Tibor-Trans, C-451/18, EU:C:2019:635, ap. 29. Como indica el Alto Tribunal, «el daño que no es sino la consecuencia indirecta del perjuicio inicialmente sufrido por otras personas, víctimas directas de un daño materializado en un lugar distinto de aquel en el que ha repercutido en la víctima indirecta no puede fundar la competencia judicial de conformidad con dicha disposición».

53 Como indica el TJUE, «en el supuesto de una sociedad matriz que posee el 100 % del capital de su filial, existe una presunción *iuris tantum* de que la sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva en el comportamiento de su filial». STJUE de 17 de septiembre de 2015, Total/Comisión, C597/13 P, EU:C:2015:613, ap. 36; STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C97/08 P, EU:C:2009:536, ap. 60.

54 STJUE de 4 de julio de 2024, MOL, C-425/22, EU:C:2024:578, ap. 37. En el mismo sentido, véase las conclusiones del Abogado general Sr. NICHOLAS EMILIOU de 8 de febrero de 2024, MOL, C425/22, EU:C:2024:131, ap. 69 y 70 (si bien este asunto hace referencia a las conductas colusorias).

55 En este sentido, *vid.*: PAREDES PAREDES, J. I.: “El concepto de unidad económica del Derecho de la competencia no resulta pertinente a efectos de interpretación del criterio del «lugar donde se haya producido el hecho dañoso» del art. 7.2 del Reglamento de Bruselas I bis”, *Blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Publicado el 15.07.2024. Asimismo, *vid.*: STJUE de 6 de octubre de 2021, Sumal, C882/19, EU:C:2021:800, ap. 66.

fabricados por la matriz y produce un daño medioambiental importante en España. Si se cumplen las condiciones para aplicar la teoría de la «unidad económica», los perjudicados en España también podrán demandar contra la empresa matriz en virtud del *forum domicilii* (art. 4 RBI bis). Es más, esta teoría también debe permitir demandar a la empresa matriz en virtud del foro del hecho causal cuando, efectivamente, se haya originado daño en dicho EM. De esta forma, imaginemos que una empresa matriz situada en Alemania decide que sus filiales situadas en distintos países de la UE transporten a España desechos peligrosos, produciendo daños ambientales en nuestro Estado. En este escenario, los perjudicados podrán demandar en España en virtud del lugar de materialización del daño y también en Alemania en virtud del *forum domicilii*. En caso de que la decisión se hubiera tomado por la empresa matriz desde otro centro que no constituyera su domicilio (v.g. Francia), los perjudicados podrían demandar en dicho Estado en virtud del lugar del hecho causal.

2. ¿Daños medioambientales o daños contra derechos subjetivos?

La segunda conclusión que cabe extraer de los pronunciamientos recientes del TJUE es que las reclamaciones no suelen basarse en daños ambientales, sino en la vulneración de derechos subjetivos relacionados con el medioambiente. A tal efecto, cabe citar la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024⁵⁶, la cual tiene por objeto analizar dónde se materializa el daño ocasionado como consecuencia de la instalación ilegal de un sistema de control de las emisiones a un vehículo. En dicho caso se plantea la acción como un daño material consistente en la pérdida de valor del vehículo como consecuencia de la instalación de un software que manipula los datos relativos a las emisiones de los gases de escape⁵⁷, por lo que no se analiza la cuestión desde el punto de vista medioambiental.

Aun así, nada obsta a que, en casos similares, como el acaecido en la STJUE de 9 de julio de 2020⁵⁸, una asociación ecologista pueda demandar a la empresa causante del daño medioambiental en virtud de las precisiones indicadas al tratar el «daño ecológico puro». En ese asunto fue una asociación de consumidores la que

56 STJUE de 22 de febrero de 2024, FCA Italy y FPT Industrial, C81/23, EU:C:2024:165.

57 A tal efecto, el TJUE concluye que el art. 7.2 RBI bis debe interpretarse «en el sentido de que, cuando un vehículo ha sido equipado ilegalmente en un Estado miembro por su fabricante con un software que manipula los datos relativos a las emisiones de los gases de escape antes de ser adquirido a un tercero en otro Estado miembro, el lugar de materialización del daño se halla en este último Estado miembro, puesto que se trata de aquel en el que se ha adquirido el bien» (ap. 33). Añade el TJUE que «como en el presente asunto, la firma del contrato de compraventa, por un lado, y la entrega del vehículo y su utilización, por otro, han tenido lugar en Estados miembros distintos, el lugar de adquisición de dicho vehículo y, por lo tanto, el lugar donde se ha materializado el daño, en el sentido del artículo 7, el apartado 2 del Reglamento n.º 1215/2012, tal como se interpretó en la sentencia VKI, es aquel en el que el vicio de que adolece dicho vehículo, a saber, la instalación del dispositivo ilegal, que constituye el hecho generador del daño, se materializa y despliega sus efectos perjudiciales para el comprador final, es decir, el lugar en el que se le entregó el vehículo» (ap. 40). Asimismo, *vid.*: STJUE de 9 de julio de 2020, Verein für Konsumenteninformation, C-343/19, EU:C:2020:534, ap. 35 y 37.

58 STJUE de 9 de julio de 2020, Verein für Konsumenteninformation, C-343/19, EU:C:2020:534.

lideró la demanda contra Volkswagen por la responsabilidad de esta en relación con los «perjuicios resultantes de la incorporación en los vehículos adquiridos por consumidores austriacos de un *software* que manipula los datos relativos a las emisiones de los gases de escape» (ap. 2). Por tanto, la acción colectiva se basó en el «daño material resultante de una pérdida de valor de cada vehículo afectado» (ap. 34), pero nada impedía basarla en el daño medioambiental causado. Naturalmente, en dicho caso los sujetos afectados por la emisión de gases contaminantes no serían sólo los compradores de los vehículos, sino la ciudadanía en sentido abstracto o difuso, por lo que no podrían (o sería más dificultoso) reclamar una indemnización individual basándose en el daño medioambiental. Debido a las dificultades que, en la práctica, se producen a la hora de individualizar el daño medioambiental, esta acción se utiliza poco por los particulares, dando paso a otro tipo de acciones relacionadas con dicho daño, pero que se fundamentan en un daño personal o patrimonial directo.

V. FORO DE NECESIDAD.

En el presente epígrafe analizamos la viabilidad y la oportunidad de incorporar en el RBI bis un foro de necesidad para que los afectados por un daño medioambiental puedan interponer una acción (de reparación, cesación, prevención o indemnización) ante los tribunales de un EM, cuando no exista ningún otro foro aplicable. Este foro excepcional y subsidiario tendría por objeto los daños medioambientales producidos en terceros países por grandes empresas o grupos empresariales, normalmente de carácter transnacional, cuyo intrincado entramado empresarial dificulta a los perjudicados la obtención de una adecuada tutela judicial efectiva. Para poder aplicar el *forum necessitatis* propuesto se deberían cumplir una serie de requisitos, como la existencia de una conexión suficiente entre el daño medioambiental producido y el territorio de un determinado EM o que este foro resultara, ciertamente, la *ultima ratio* para el perjudicado.

Con carácter previo al análisis del foro propuesto, cabe realizar una precisión relevante. A tal efecto, entendemos que la teoría de la «unidad económica» del TJUE, si bien prevista inicialmente en el ámbito del Derecho de la competencia para hacer frente a conductas colusorias⁵⁹, podría aplicarse en el ámbito de los daños medioambiental cuando el daño haya sido ocasionado por la filial, siempre que la empresa matriz ejerza una influencia decisiva sobre ésta (*vid. supra*). Esto estaría en consonancia con el principio de «quien contamina paga», dado que la matriz constituiría la empresa responsable, en última instancia, del daño

59 Para una visión más amplia sobre el concepto de unidad económica, *vid.*: Brokelmann, H.: “La sentencia Skanska del TJUE: El concepto de «empresa» en las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 903-912. Asimismo, *vid.*: GÓMEZ TRINIDAD, S.: “Los límites en la aplicación del criterio de la unidad económica en los últimos pronunciamientos del TJUE”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 2024, núm. 35.

medioambiental producido por su filial, pues esta última sólo estaría siguiendo sus directrices al no contar con autonomía propia. Además, esta aseveración concuerda con las obligaciones derivadas de la Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (incluidas las obligaciones en materia de medio ambiente), la cual prevé que las matrices puedan responder por las operaciones realizadas por sus filiales, ex arts. 1.1, 2.3, 6.1, entre otros⁶⁰. Incluso, aunque bajo ciertas circunstancias, la matriz pueda quedar exenta del cumplimiento de las obligaciones de la Directiva, ésta «seguirá siendo responsable solidaria junto con la filial designada en caso de que esta última incumpla sus obligaciones [...]» (art. 2.3.1° y 3°).

Si bien con las debidas cautelas, la teoría de la «unidad económica» podría extenderse, a nuestro modo de ver, a las filiales domiciliadas en terceros países, en cuyo caso el perjudicado por un daño medioambiental acaecido en dicho territorio podría demandar a la matriz en el EM donde estuviera domiciliada en virtud del *forum domicilii* (art. 4) o conforme al foro basado en el lugar del hecho causal (art. 7.2), según lo expuesto más arriba (*vid. supra*). Con todo, debido a que esta teoría sólo está prevista, en principio, para las conductas colusorias en el ámbito de la UE⁶¹ y que su aplicación podría resultar controvertida y compleja en la práctica (dado que sólo afectaría a filiales, dejando de lado otro tipo de entramados empresariales), cabe prever un foro de necesidad que otorgue una respuesta eficaz y homogénea en el ámbito de la Unión para los daños medioambientales.

I. Mecanismos alternativos al foro de necesidad.

En el ámbito de los derechos humanos, entre los que se debe incluir el derecho a un medio ambiente adecuado (limpio, saludable y sostenible según la ONU)⁶², debido a la frecuente deslocalización de las empresas transnacionales causantes de un daño medioambiental, podrán surgir dificultades para garantizar el derecho de los perjudicados a un proceso justo y equitativo, con las garantías de independencia

60 Asimismo, véase, entre otros, los siguientes considerandos: Cdo. 16, 19 y 21. Este último indica que «con el fin de hacer más eficaz la diligencia debida y reducir la carga que pesa sobre las empresas, estas deben tener derecho a compartir recursos e información en el interior de sus respectivos grupos de empresas y con otras entidades jurídicas. Las empresas matrices incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva deben poder cumplir algunas de las obligaciones de diligencia debida también en nombre de sus filiales incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, si ello garantiza un cumplimiento eficaz. Esto debe entenderse sin perjuicio de que las filiales estén sujetas al ejercicio de las competencias de la autoridad de control y asimismo estén sujetas al régimen de responsabilidad civil establecido en la presente Directiva [...]. Si la filial no está incluida en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, dado que no tiene obligación de diligencia debida, la empresa matriz debe cubrir las operaciones de la filial como parte de sus propias obligaciones de diligencia debida».

61 GÓMEZ TRINIDAD, S.: «Los límites»; cit., pp. 2-5, versión digital Legalteca.

62 Organización de las Naciones Unidas: «El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible», Resolución A/RES/76/300, 2022. Asimismo: Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, «El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible», Resolución 48/13, 2021.

e imparcialidad, tal como se proclama en el art. 6 CEDH⁶³. En este contexto, cabe remarcar que los Estados están obligados a contar con mecanismos eficaces para prevenir y reparar las violaciones de los derechos humanos en su jurisdicción⁶⁴. Por tanto, para prevenir una eventual denegación de justicia, es fundamental que las personas afectadas tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales, mediante un proceso que asegure el pleno respeto de todas las garantías al justiciable. De ahí que se justifique en este ámbito, como ya comentamos respecto de la vulneración de los derechos humanos en sentido amplio⁶⁵, la creación de un foro de necesidad en el ámbito de la UE que asegure un cierto nivel de uniformidad a nivel comunitario⁶⁶, con el fin de evitar situaciones de indefensión a los perjudicados por un daño medioambiental⁶⁷, a la vez que se respetan los principios de seguridad jurídica, previsibilidad, certeza y proximidad con el objeto del litigio.

Partiendo de la premisa de que, en la actualidad, el RBI bis únicamente permite la interposición de acciones contra empresas domiciliadas en un EM (salvo en los supuestos excepcionales previstos en el art. 6 y preceptos a los que se remite), dicha limitación puede resultar cuestionable respecto de las conductas atribuibles a empresas transnacionales en materia de derechos humanos y medio ambiente. En este escenario, a menudo no resulta sencillo identificar al responsable en

- 63 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Asimismo, sobre esta cuestión, *vid.*: STEDH 21 de febrero 1975, Golder c. Reino Unido, ap. 36, donde se indica que «el artículo 6, párrafo 1, garantiza a todos el derecho a que un Tribunal conozca de cualquier litigio referente a sus derechos y obligaciones de carácter civil. Consagra, por tanto, “el derecho a un Tribunal” [...]». La STEDH de 15 febrero 2005, Steel/Morris c. Reino Unido, ap. 59, consagra el derecho de las víctimas a una reparación justa e íntegra de sus reclamaciones y la posibilidad de defender eficazmente su causa ante un juez. Por su parte, la STJUE de 22 diciembre 2010, C-279/09, DEB, EU:C:2010:811, indica que «el derecho de acceso a un tribunal constituye un elemento inseparable del derecho a un proceso equitativo reconocido por el artículo 6, apartado 1, del CEDH».
- 64 Para una visión amplia de esta cuestión, *vid.*: AUGENSTEIN, D. y JÄGERS, N.: “Judicial remedies: The issue of jurisdiction”, en AA.VV.: *Human Rights in business. Removal of barriers to Access to justice in the European Union* (eds. ÁLVAREZ RUBIO, J.J. y YIANNIBAS, K.), Routledge, Nueva York, 2017, pp. 7-37, p. 11-16. Para una visión completa de las fuentes en materia de derechos humanos que modulan la responsabilidad de las empresas transnacionales, *vid.*: PIGRAU I SOLÉ, A., “Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del consejo de derechos humanos de las naciones unidas”, en AA.VV.: *Empresas y derechos humanos. Temas actuales* (eds. CHIARA MARULLO, M. y ZAMORA CABOT, F.J.), Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018, pp. 27-68.
- 65 HORRACH ARMO, J. G.: “El *forum necessitatis* en la Unión Europea: Análisis sobre su idoneidad en el ámbito de los derechos humanos vulnerados por empresas transnacionales”, en AA.VV.: *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de desarrollo sostenible* (dir. PIGRAU I SOLÉ, A. et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 409-420.
- 66 Actualmente el foro de necesidad está presente en múltiples EEMM (España, Francia, Holanda, Bélgica, Austria, Estonia, Alemania, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Rumania), ya sea en su derecho positivo o como una regla de creación jurisprudencial. En España, la LOPJ incluye en su art. 22 octies el *forum necessitatis* en unos términos muy amplios, indicando que «los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia».
- 67 Aunque haga alusión al ámbito de los derechos humanos en sentido amplio, cabe traer a colación las palabras de Álvarez Torné al argumentar que «las limitaciones de uniformidad en la atribución de competencia internacional a nivel comunitario y la remisión a las legislaciones nacionales va a seguir generando inseguridad jurídica y falta de previsibilidad para afrontar las acciones que analizamos». ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, núm. 2, 2013, pp. 157-190, p. 181.

estructuras societarias complejas como las que se producen en las multinacionales⁶⁸. Con carácter general, aun cuando la sociedad matriz tenga su domicilio en la UE, no podrá ser demandada por los actos cometidos por una entidad subordinada ubicada en un tercer Estado, salvo que apliquemos la doctrina de la «unidad económica» o del «levantamiento del velo». En otras palabras, aunque la regla general es que las empresas secundarias son independientes respecto de la principal -lo que, en principio, impide accionar contra éstas ante los tribunales del Estado en que la matriz se encuentra domiciliada-, no es menos cierto que una parte de la doctrina entiende que esta regla se puede excepcionar cuando se den una serie de circunstancias, en especial, cuando exista una interdependencia real entre ambas empresas⁶⁹. En consecuencia, en estos supuestos excepcionales cabría la posibilidad de interponer la demanda contra la sociedad matriz domiciliada en un EM utilizando los foros previstos en el RBI bis, atendiendo al lugar de su domicilio conforme a lo dispuesto en el art. 63. No obstante, cómo se ha venido señalando, por regla general no se puede exigir la unidad de empresa, lo que impide el empleo de los foros del RBI bis para atribuir jurisdicción a los tribunales de un EM⁷⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad también se aplicará a las empresas constituidas conforme a la legislación de un tercer país y que tengan un determinado volumen de negocios en la UE (art. 2.2)⁷¹, las cuales estarán obligadas a tener un representante autorizado (ya sea una persona física o jurídica) que deberá estar establecido o domiciliado en algún EM en el que la empresa desarrolle su actividad (art. 23.1). Además, estarán sometidas a las respectivas autoridades de control (art.

68 ÁLVAREZ TORNÉ, M., “El derecho”, cit., p. 170.

69 ÁLVAREZ TORNÉ, M., “El derecho”, cit., p. 172. Como indica la autora, «una sociedad dominante podría ser considerada responsable de los actos de una sociedad relacionada con ella con base en el deber de control, de debida diligencia, de la primera respecto a las actividades de la segunda, aplicándose a tal efecto un canon de razonabilidad según la interdependencia real que exista entre ellas». La autora también se refiere a la «*enterprise doctrine*», la cual «pretende descartar la limitación consistente en la responsabilidad limitada en los grupos societarios y concebir estas organizaciones como estructuras unitarias dados los nexos económicos existentes» (p. 173); lo que equivaldría, en la práctica, a la teoría de la unidad económica comentada en el presente estudio.

70 GARCÍA ÁLVAREZ, L. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: “La regla de la ubicuidad y la responsabilidad ambiental corporativa”, en AA.VV.: *Empresas y derechos humanos. Temas actuales* (eds. CHIARA MARULLO, M. y ZAMORA CABOT, F.J.), Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018, pp. 115-156. Como indica García Álvarez, «las acciones legales contra las empresas deberían concentrarse en el *host country*, [pero] lo cierto es que dadas las barreras existentes en los países donde operan frecuentemente las filiales de los grupos trasnacionales, los perjudicados tienden a buscar foros alternativos [...]». La práctica preferente es recurrir ante los tribunales de los *home countries* de las empresas trasnacionales, donde se encuentra domiciliada la matriz, a la que se pretende responsabilizar, por lo general, junto a la filial en el extranjero, por su implicación directa o indirecta en la producción de los daños» (pp. 125 y 126). Sin embargo, la citada autora concluye que «en los casos de daños causados por empresas pertenecientes a grupos cuyas matrices están domiciliadas en un país de la UE [...] no existe un foro aplicable a no domiciliados para estos supuestos; [...] además, el art. 4 del Reglamento no permite acoger la competencia judicial internacional con el fundamento del levantamiento del velo sobre una filial no domiciliada» (p. 134).

71 Para una visión amplia sobre el ámbito de aplicación personal de la Directiva, vid.: CHIARA MARULLO, M.: “Las oportunidades perdidas en el proceso de europeización de diligencia debida en sostenibilidad corporativa”, *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, núm. 14 (2), 2024, pp. 1-30, p. 19 y ss.

24.3). Por consiguiente, respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta Directiva (art. 1.1), las grandes empresas que cumplan con los criterios del art. 2.2 deberán respetar la normativa medioambiental a nivel comunitario, lo cual se traduce en cumplir toda una serie de obligaciones relativas al medio ambiente y los derechos humanos recogidas en la Directiva, hacer frente a la responsabilidad por el incumplimiento de tales obligaciones (incluida la indemnización y reparación del daño a las personas afectadas o al medio ambiente⁷²) y adoptar un plan de transición para la mitigación del cambio climático (art. 1.1 *in fine*). Por lo que aquí interesa, esta Directiva debe permitir a los afectados por un daño medioambiental causado por una empresa de un tercer país (que cumpla con los requisitos del art. 2.2) reclamar contra ésta en virtud del *forum domicilii* (art. 4 RBI bis) en el EM donde esté establecido o domiciliado el representante autorizado (art. 23.1 Directiva)⁷³.

Sea como fuere, una gran parte de las empresas domiciliadas en terceros países no cumplirán los requisitos exigidos en el art. 2.2 para quedar sometidas a la Directiva. Para evitar la denegación de justicia en materia medioambiental cuando la vulneración se produce en un tercer Estado resultaría conveniente que el perjudicado tuviera la opción de acudir a un foro de necesidad homogéneo en el seno de la UE, teniendo presente que las violaciones de derechos humanos y medioambientales más intensas suelen producirse fuera de las fronteras de la UE, aprovechando frecuentemente la aquiescencia de las instituciones de terceros Estados y las normativas más permisivas de dichos países.

72 Como indica el Cdo. 58, «cuando una empresa haya causado, por sí misma o conjuntamente, un efecto adverso real, debe repararlo. Por "reparación" se entiende devolver a la persona o personas o al medio ambiente afectados a una situación equivalente o lo más próxima posible a aquella en la que se encontrarían de no haberse producido el efecto adverso real, que guarde proporción con la implicación de la empresa en el efecto adverso, incluso mediante una compensación financiera o no financiera proporcionada por la empresa a la persona o personas afectadas por el efecto adverso real y, en su caso, el reembolso de los costes soportados por las autoridades públicas en relación con cualquier medida reparadora necesaria». Asimismo, véase el art. 29 de la Directiva, en la cual se regula la responsabilidad civil de las empresas y el derecho a una indemnización íntegra de los perjudicados.

73 De la propia Directiva parece extraerse esta posibilidad en el considerando núm. 90: «A fin de garantizar que las víctimas de daños y perjuicios en materia de derechos humanos y de medio ambiente puedan interponer una demanda por daños y perjuicios y reclamar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados cuando la empresa haya incumplido, de forma deliberada o por negligencia, las obligaciones de diligencia debida que emanan de la presente Directiva, la presente Directiva debe exigir a los Estados miembros que garanticen que las disposiciones de Derecho nacional por las que se transponga el régimen de responsabilidad civil establecido en la presente Directiva sean de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a tales demandas no sea la de un Estado miembro, como podría ser el caso, por ejemplo, de conformidad con las normas de Derecho internacional privado cuando los daños y perjuicios se produzcan en un tercer país. Esto significa que los Estados miembros también deben garantizar que los requisitos relativos a las personas físicas o jurídicas que pueden presentar la demanda, al plazo de prescripción y a la exhibición de pruebas sean de aplicación imperativa y prevalente».

2. Propuesta de *forum necessitatis* en materia medioambiental.

El foro de necesidad no puede considerarse una institución extraña al derecho de la UE, toda vez que varios Reglamentos ya la contemplan⁷⁴, por lo que únicamente se debería adaptar a las exigencias derivadas del ámbito medioambiental o, de forma más genérica, al ámbito de los derechos humanos⁷⁵. Este foro contribuiría a evitar la impunidad con la que actúan determinadas corporaciones multinacionales en el ámbito internacional⁷⁶, al tiempo que permitiría a las personas afectadas obtener una adecuada tutela de sus derechos en el ámbito civil, garantizando el derecho a un proceso equitativo de conformidad con las exigencias del art. 6.I CEDH⁷⁷.

El *forum necessitatis* que planteamos para otorgar una adecuada y unificada respuesta a nivel comunitario se basa en el art. 26 de la propuesta presentada por la Comisión durante la tramitación del RBI bis⁷⁸, el cual establecía lo siguiente: «Cuando ningún tribunal de un Estado miembro fuere competente con arreglo

74 Así, por ejemplo, vid. el art. 11 del Reglamento n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo; y el art. 7 Reglamento núm. 4/2009 del Consejo, de 18.12.2008.

75 Entre los autores que ven como una solución eficaz el *forum necessitatis* en el ámbito de los derechos humanos, vid.: REQUEJO ISIDRO, M.: “Transnational human rights claims y acceso a la jurisdicción civil en Europa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007, pp. 511-548, p. 542 y 543. Esta autora indica que «un foro de necesidad como solución para casos de conflicto negativo de competencias en el contexto internacional... es un imperativo del Estado de Derecho» [...]. En los litigios de daños por violación de derechos humanos no es extraño que por razones fácticas o jurídicas los interesados encuentren dificultades para un acceso a tribunales con garantías de justicia efectiva. Esto indica que nos hallamos ante uno de los supuestos prototipo para hablar de “foro de necesidad”». Asimismo, vid.: BARDEL, D. y MERINO, I.: “El foro de necesidad y el acceso internacional a la justicia ante la vulneración de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2, 2023, pp. 167-197, en especial, pp. 171, 186 y 188. VAN DEN ECKHOUT, V.: “The Private International Law Dimension of the principles in Europe”, en AA.VV.: *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Private International Law Perspectives* (ed. ZAMORA CABOT, F. J.), Schultless, Bruselas, 2017, pp. 35-62, pp. 44 y 45. KESSEDJIAN C.: “Implementing the UN Principles on Business and Human Rights in Private International Law: European Perspectives”, en AA.VV.: *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Private International Law Perspectives* (ed. ZAMORA CABOT, F. J.), Schultless, Bruselas, 2017, pp. 141-152, p. 147 y 148. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*”, en AA.VV.: *Desarrollos modernos del Derecho internacional privado. Libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro* (coord. por ROJAS AMANDI, V.), Tirant lo Blanch, México, 2017, pp. 229-286, p. 19 (versión digital). ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “El derecho”, cit., p. 183. AUGENSTEIN, D.: “Estudio sobre el marco jurídico en materia de derechos humanos y medio ambiente aplicable a las empresas europeas que operan fuera de la Unión Europea”. *Comisión Europea*, 2023, p. 17.

76 Para una visión amplia sobre esta cuestión, vid.: CHIARA MARULLO, M.: “La lucha contra la impunidad: El *Forum Necessitatis*”, *InDret*, vol. 3, 2015, pp. 1-47, pp. 6-10. Asimismo, vid.: FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Rigidez versus”, cit., p. 32 (digital). REQUEJO ISIDRO, M.: “Transnational human”, cit., p. 513.

77 Como indica Van de Eeckhout, el artículo 6 CEDH juega un papel muy importante en la justificación de la implementación del *forum necessitatis*. VAN DEN ECKHOUT, V.: “The Private”, cit., p. 45. Por su parte Kessedjian entiende que este foro es muy útil para evitar la denegación de justicia. KESSEDJIAN C.: “Implementing the”, cit., p. 147. Finalmente, Fernández Rozas indica que «la imposibilidad de las víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas de acceder a los foros ofrecidos por los Estados de origen y de acogida de las empresas, ha colocado al *forum necessitatis*, al lado de la aspiración de participar como *amici curiae* en este tipo de procesos». Sin embargo, como indica el autor, «el empleo de este foro de necesidad no está exento de problemas, pues aunque sea un instrumento válido para posibilitar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos contra los derechos humanos, puede crear situaciones de *forum shopping* aumentando la incertidumbre para los demandados corporativos». FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Rigidez versus”, cit., p. 32 y 33 (versión digital).

78 En este sentido, vid.: HORRACH ARMO, J. G.: “El *forum necessitatis*”, cit. p. 415.

al presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán conocer excepcionalmente del litigio si el derecho a un juez imparcial o el derecho a una tutela judicial efectiva así lo requirieren, en particular: a) si no pudiese razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigio guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiese ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él». Este precepto recoge los requisitos necesarios para que el foro de necesidad no resulte exorbitante y cumpla su función de otorgar una adecuada tutela judicial en el ámbito medioambiental, teniendo en cuenta las siguientes características.

A) Excepcionalidad.

El *forum necessitatis* debe aplicarse con carácter excepcional, lo que significa que la vulneración alegada debe afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, como indicaba el art. 26 de la propuesta RBI bis: «los tribunales de un Estado miembro podrán conocer excepcionalmente del litigio si el derecho a un juez imparcial o el derecho a una tutela judicial efectiva así lo requirieren». Esta excepcionalidad se completa con la previsión de que sólo puede ser utilizado para otorgar jurisdicción cuando el demandante alegue la vulneración de los derechos humanos, incluido un daño en materia medioambiental, y dicha alegación tenga cierta verosimilitud. En este sentido, el tribunal podrá realizar un análisis *prima facie* del asunto para comprobar dicho extremo. Además, sería recomendable delimitar de forma autónoma el concepto de derechos humanos y materia medioambiental a los efectos de aplicar este foro, lo cual favorecería el cumplimiento de los principios de seguridad jurídica y previsibilidad, y evitaría una aplicación amplia o desorbitada del *forum necessitatis*. Con todo, esta excepcionalidad permite que el foro de necesidad se aparte de la regla general del domicilio del demandado en un EM⁷⁹.

B) Subsidiariedad.

Este principio tiene un doble significado, como se aprecia en la propuesta del RBI bis: a) únicamente se podrá acudir a este foro cuando no exista ningún otro foro del Reglamento que otorgue jurisdicción a los tribunales de un EM; b) únicamente se podrá acudir al *forum necessitatis* cuando no pueda incoarse el procedimiento ante los tribunales de un tercer Estado con el cual el litigio guarde

⁷⁹ En este sentido, ÁLVAREZ TORNÉ propugna que «hubiese resultado deseable suprimir ya la conexión comunitaria en el Reglamento revisado». ÁLVAREZ TORNÉ, M.: "El derecho", cit., p. 183.

una estrecha conexión⁸⁰. Naturalmente, para acreditar esta circunstancia, no se exige que el demandante haya iniciado o intentado iniciar un proceso judicial en todos los Estados con los que el litigio guarde una vinculación estrecha. Basta con que demuestre alguno de los siguientes extremos: que las normas sobre competencia judicial internacional vigentes en dichos Estados no permitan a sus tribunales conocer de las vulneraciones en materia medioambiental alegadas; que no resulte razonable obtener una tutela judicial efectiva en esos Estados (v.g. la normativa aplicable de ese Estado o los tribunales no reconocen los derechos medioambientales alegados); o bien que, atendiendo a la situación actual, dicha tutela resulte materialmente imposible (v.g. en caso de conflicto armado en el Estado afectado)⁸¹.

C) Existencia de una conexión suficiente.

La propuesta de foro de necesidad prevista en el art. 26 RBI bis requeriría que «el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él». Aunque este inciso resulta amplio y abstracto, lo cual podría ir en contra de los principios de seguridad jurídica y previsibilidad, lo cierto es que esta fórmula abierta se adapta a las necesidades de este foro, al no restringir injustificadamente su utilización y permitir una aplicación basada en las circunstancias concurrentes del caso⁸². No obstante, algunas voces defienden que la conexión suficiente debería predicarse no sólo de un EM, sino de la UE en su conjunto⁸³. A nuestro parecer, el concepto de conexión suficiente debería analizarse caso por caso y aplicarse en conjunto con los demás principios (subsidiariedad y excepcionalidad), si bien podría darse por cumplido, por ejemplo, cuando el perjudicado por un daño medioambiental relevante ocurrido en un tercer Estado tuviera su residencia habitual o domicilio social en un EM⁸⁴; cuya aplicación resultaría todavía más justificada cuando sufriera un daño directo -en su persona o bienes- en la UE como consecuencia de ese ilícito medioambiental (lo que equivaldría a aplicar el foro basado en el lugar de materialización del daño del RBI bis contra empresas domiciliadas en terceros países). Así, por ejemplo, imaginemos que una empresa domiciliada en Ucrania emite unos vertidos

80 Además, este foro puede aplicarse cuando la sentencia dictada en un tercer Estado no pueda ser reconocida y ejecutada en un EM y dicha ejecución sea necesaria para garantizar el respeto a los derechos humanos, incluidos los medioambientales. En estos casos, el foro de necesidad únicamente se activará si las partes han intentado el reconocimiento o la ejecución de la sentencia en el Estado de destino y éste haya sido denegado por cualquier causa de denegación de reconocimiento (v.g. orden público).

81 Para una visión precisa sobre esta cuestión: FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Rigidez versus”, cit., pp. 24-30.

82 KESSEDJIAN C.: “Implementing the”, cit., p. 148.

83 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Rigidez versus”, cit., p. 18 (digital).

84 Otros factores de vinculación con la UE deberían analizarse a tenor de las circunstancias concurrentes, si bien se podrían tomar en consideración, entre otros, la nacionalidad comunitaria de la persona física o jurídica perjudicada por un daño medioambiental acaecido en un tercer país, la realización de una actividad económica relevante en el ámbito de la UE o la presencia de bienes estratégicos en territorio comunitario. Estos criterios que perderían su consideración de exorbitantes debido a la especial naturaleza de la materia. ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “El derecho”, cit., p. 181.

contaminantes que afectan negativamente a una empresa polaca que ejerce sus actividades agrícolas en los alrededores de la ciudad ucraniana de Leópolis y en la ciudad polaca de Lublin. Imaginemos que los vertidos contaminantes afectan a la empresa polaca respecto de sus extensiones agrícolas situadas en ambas ciudades y que, debido a la situación de conflicto bélico, no puede accionar contra la causante del daño en Ucrania. En este contexto, a falta de un foro idóneo en la legislación interna polaca, el *forum necessitatis* le permitiría reclamar los daños sufridos en Ucrania (dado que, probablemente, la legislación polaca prevea un *forum delicti comissi* que le permita acudir a los tribunales polacos y reclamar por los daños acaecidos en Polonia, pero no así por los daños sufridos en Ucrania). En definitiva, la conexión suficiente requiere de un mínimo de previsibilidad para la parte demandada, permitiéndole ser emplazada ante los tribunales de un EM que pueda prever de forma razonable y objetiva. Con todo, el tribunal que conozca de la acción no podrá alegar que existe un tribunal mejor situado para conocer de la acción cuando se cumplan los requisitos del *forum necessitatis*, dado que el TJUE prohibió la doctrina del *forum non conveniens*⁸⁵.

D) Razones por las cuales se descartó el *forum necessitatis* en el RBI bis.

Existen varias razones por las cuales se descartó la inclusión del foro de necesidad en la reforma del RBI bis⁸⁶, si bien aquí, por cuestiones de extensión, no pueden abordarse todas. La creación de un foro de necesidad fue objeto de varias propuestas elaboradas durante la tramitación del actual RBI bis; en concreto, en tres ocasiones distintas: a) En la propuesta de modificación del Reglamento 44/2001 elaborada por el Grupo Europeo de DIPr; b) en el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento⁸⁷ y c) en la Propuesta de la Comisión sobre el nuevo Reglamento⁸⁸. Durante la tramitación de la propuesta del *forum necessitatis* en el RBI bis, los Países Bajos formularon su objeción a la creación de este foro por dos razones: en primer lugar, porque la cuestión también afectaría a terceros Estados, por lo que esta materia, en todo caso, debía dejarse en manos de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en lugar de extender unilateralmente las reglas de jurisdicción en el RBI bis; en segundo lugar, porque el RBI bis no está destinado a crear nuevos foros de jurisdicción, sino distribuir los ya existentes en el marco de la UE, sin involucrar a terceros Estados⁸⁹. Además, la creación del *forum necessitatis* habría significado que todos los asuntos civiles se

85 STJUE de 1 marzo 2005, C-281/02, Owusu, EU:C:2005:120, ap. 41-46.

86 Para una visión amplia sobre las razones de la exclusión del foro de necesidad en el RBI bis, *vid.*: BARDEL, D. y MERINO, I.: "El foro", cit., pp. 183-187.

87 COM (2009) 175/final, DO C-255, 22.9.2010.

88 COM (2010) 748/final, 14.12.2010.

89 AUGENSTEIN, D. y JÄGERS, N.: "Judicial remedies", cit., p. 21. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Rigidez versus", cit., p. 19 (digital). Como indica el citado autor, «también se detectaron dificultades de carácter político en el sentido de que el establecimiento de cualquier tipo de *forum necessitatis* frente a demandados domiciliados en terceros Estados entrañaría un privilegio para los demandantes en los foros de la UE».

habrían subsumido en su ámbito de aplicación y no sólo los que involucraran a los demandados en un EM, propuesta que fue rechazada de plano por los EEMM durante el proceso de reforma⁹⁰. Finalmente, en opinión de Augenstein y Jägers, el *forum necessitatis* propuesto habría desplazado a los foros residuales de los distintos EEMM, los cuales pueden brindar, a su juicio, mejores oportunidades en los casos relacionados con los derechos humanos⁹¹.

VI. CONCLUSIONES.

El art. 7.2 RBI bis permite al perjudicado por un daño medioambiental interponer la demanda ante los tribunales del lugar del hecho causal o donde se ha materializado el daño, conforme a la teoría de la ubicuidad. Esta opción solo resulta válida cuando existe una disociación real entre ambos lugares (ilícitos plurilocalizados) y, además, el daño alegado es directo. La competencia del tribunal basado en el lugar de generación del daño puede resultar muy útil respecto de las acciones de prevención, reparación y cesación, debido a la proximidad entre el objeto del litigio y el órgano jurisdiccional competente. Además, el tribunal competente en virtud del hecho causal será competente para reparar la integridad de los daños medioambientales que se puedan originar. En cambio, el tribunal competente en virtud del lugar de materialización del daño únicamente podrá conocer del daño producido en su circunscripción territorial, si bien será el mejor posicionado para valorar el alcance de los daños acaecidos en su propio Estado.

Por otra parte, el TJUE apenas ha dictado resoluciones recientes que incidan en el foro en materia extracontractual en el ámbito medioambiental, posiblemente porque en esta materia los operadores jurídicos no han tenido dudas interpretativas relevantes para resolver el fondo del asunto y, asimismo, debido a la existencia de foros alternativos eficaces que permiten una adecuada tutela de estos derechos. Aun así, algunas sentencias recientes del TJUE pueden extender su aplicación al ámbito medioambiental. A tal efecto, por ejemplo, cabe mencionar la teoría de la «unidad económica», en virtud de la cual se puede imputar responsabilidad a la matriz por el daño medioambiental cometido por su filial cuando la primera ejerza una influencia decisiva sobre la segunda, de manera que la filial no se comporte de manera autónoma. Por lo demás, las resoluciones recientes del TJUE muestran que muchas demandas relacionadas con el medioambiente se basan en la conculcación de otros derechos subjetivos de carácter personal o patrimonial, el lugar del daño ecológico puro, lo cual resulta lógico y coherente si tenemos en cuenta las pretensiones indemnizatorias de los perjudicados.

90 AUGENSTEIN, D. y JÄGERS, N.: “Judicial remedies”, cit., p. 21.

91 AUGENSTEIN, D. y JÄGERS, N.: “Judicial remedies”, cit., p. 22.

La inclusión de un foro de necesidad para accionar en materia de derechos humanos, incluidas las reclamaciones medioambientales, resultaría una reforma viable y adecuada en la próxima revisión del RBI bis. Ello permitiría mejorar la tutela judicial efectiva en materia medioambiental respecto de las infracciones cometidas por empresas transnacionales en terceros países. Si partimos de la formulación realizada en el presente estudio, el foro de necesidad no conculcaría los criterios de seguridad jurídica y previsibilidad, principios básicos en el ámbito de la jurisdicción internacional. A tal efecto, el *forum necessitatis* propuesto podría basarse en la formulación realizada durante la tramitación del RBI bis, teniendo en cuenta las características comentadas en el presente estudio, esto es, la conexión suficiente con el litigio planteado; su aplicación subsidiaria y excepcional y, finalmente, que la acción se planteara en el marco de una vulneración de los derechos humanos, con inclusión de los ilícitos medioambientales.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ARMAS, E.: “La extensión del campo de aplicación personal del artículo 5.3 del Reglamento Europeo Bruselas I a contaminadores domiciliados en países terceros”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 20, 2011.

ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, núm. 2, 2013.

AUGENSTEIN, D. y JÄGERS, N.: “Judicial remedies: The issue of jurisdiction”, en AA.VV.: *Human Rights in business. Removal of barriers to Access to justice in the European Union* (eds. ÁLVAREZ RUBIO, J. J. y YIANNIBAS, K.), Routledge, Nueva York, 2017.

AUGENSTEIN, D.: “Estudio sobre el marco jurídico en materia de derechos humanos y medio ambiente aplicable a las empresas europeas que operan fuera de la Unión Europea”. Comisión Europea, 2023.

BARDEL, D. y MERINO, I.: “El foro de necesidad y el acceso internacional a la justicia ante la vulneración de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2, 2023.

BROKELMANN, H.: “La sentencia Skanska del TJUE: El concepto de «empresa» en las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Litigación internacional en la Unión Europea I, Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Aranzadi, Navarra, 2017.

CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:

- *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017.
- “El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018.

CARRIZO AGUADO, D.: “Las obligaciones extracontractuales derivadas de actos de competencia desleal: cuestiones de ley aplicable”, en AA.VV.: *Derecho Internacional Privado Europeo. Diálogos con la práctica* (Dir. DOMÍNGUEZ LOZANO, P.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CARBALLO PIÑEIRO, L.: "Litigación internacional y daños al ambiente", *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. I, 2018.

CHIARA MARULLO, M.:

- "La lucha contra la impunidad: El *Foro Necessitatis*", *InDret*, vol. 3, 2015.
- "Las oportunidades perdidas en el proceso de europeización de diligencia debida en sostenibilidad corporativa", *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, núm. 14 (2), 2024.

CORDERO ÁLVAREZ, C. I.: "Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IX, 2009.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á.: "Competencia judicial internacional respecto de actos desleales con los competidores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*", en AA.VV.: *Desarrollos modernos del Derecho internacional privado. Libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro* (coord. por ROJAS AMANDI, V.), Tirant lo Blanch, México, 2017.

GARAU SOBRINO, F.: *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Colex, 2008.

GARCÍA ÁLVAREZ, L.: *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.

GARCÍA ÁLVAREZ, L. y IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: "La regla de la ubicuidad y la responsabilidad ambiental corporativa", en AA.VV.: *Empresas y derechos humanos. Temas actuales* (eds. CHIARA MARULLO, M. y ZAMORA CABOT, F.J.), Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho Internacional privado*, 5ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2019.

GÓMEZ TRINIDAD, S.: "Los límites en la aplicación del criterio de la unidad económica en los últimos pronunciamientos del TJUE", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 35, 2024.

HORRACH ARMO, J. G.:

- “El *forum necessitatis* en la Unión Europea: Análisis sobre su idoneidad en el ámbito de los derechos humanos vulnerados por empresas transnacionales”, en AA.VV.: *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de desarrollo sostenible* (Dir. PIGRAU I SOLÉ, A. et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- *Jurisdicción y ley aplicable en materia de competencia desleal en el marco de la economía de las plataformas virtuales*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- *La competencia judicial internacional en el ámbito de las plataformas de criptoactivos*, Colex, A Coruña, 2025.

KESSEDJIAN C.: “Implementing the UN Principles on Business and Human Rights in Private International Law: European Perspectives”, en AA.VV.: *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Private International Law Perspectives* (ed. ZAMORA CABOT, F.J.), Schultless, Bruselas, 2017.

LEIBLE, S.: “Art. 7 Brüssel Ia-VO”, en AA.VV.: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Kommentar. Brüssel Ia-VO* (coord. por T. RAUSCHER), 4.^a ed., Ottoschmidt, Colonia, 2016.

LOZANO CUTANDA, B.: “El nuevo sistema de responsabilidad medioambiental para la reparación de los daños ecológicos puros”, en AA.VV.: *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (coord. por PÉREZ ALONSO, E., et. al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MAGNUS U. y MANKOWSKI, P.: *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, Vol. I, Ottoschmidt, Köln, 2016.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Contrato interno y sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero: ¿Situación interna o internacional?” *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 33, 2024.

MORENO BLESÁ, L.: “Competencia judicial internacional y Derecho aplicable en la obsolescencia programada (Parte II)”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 5, 2017.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, núm. 21, 2013.

PALAO MORENO, G.: “La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 74, 2015.

PAREDES PAREDES, J. I.: "El concepto de unidad económica del Derecho de la competencia no resulta pertinente a efectos de interpretación del criterio del «lugar donde se haya producido el hecho dañoso» del art. 7.2 del Reglamento de Bruselas I bis", *Blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Publicado el 15.07.2024.

PIGRAU I SOLÉ, A.: "Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del consejo de derechos humanos de las naciones unidas", en AA.VV.: *Empresas y derechos humanos. Temas actuales* (eds. CHIARA MARULLO, M. Y ZAMORA CABOT, F.J.), Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018.

REQUEJO ISIDRO, M.: "Transnational human rights claims y acceso a la jurisdicción civil en Europa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: "Artículo 25", en AA.VV.: *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (coord. por P. BLANCO MORALES, F. GARAU, M. L. LORENZO GUILLÉN, F. J. MONTEIRO MURIEL), Aranzadi, Navarra, 2016.

SABIDO RODRÍGUEZ, M.: "Artículo 7.2", en AA.VV.: *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (coord. por P. BLANCO MORALES, F. GARAU, M. L. LORENZO GUILLÉN, F. J. MONTEIRO MURIEL), Aranzadi, Navarra, 2016.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

VAN DEN EECKHOUT, V.: "The Private International Law Dimension of the principles in Europe", en AA.VV.: *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Private International Law Perspectives* (ed. ZAMORA CABOT, F. J.), Schultless, Bruselas, 2017.

VON HEIN, J.: "Protecting Victims of Cross-Border Torts under Article 7 No. 2 Brussels Ibis: Towards a more Differentiated and Balanced Approach", en AA.VV.: *Yearbook of Private International Law* (coord. BONOMI, A. Y PAOLO ROMANO, G.), vol. XVI, Ottoschmidt, Lausanne, 2016.

LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA DE LA UNIÓN EUROPEA, ¿MITO O REALIDAD?

THE SUSTAINABILITY OF ONLINE PLATFORMS IN THE EUROPEAN UNION, MYTH OR REALITY?

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 852-873

* El presente artículo está basado en la ponencia presentada al "Primer Encuentro de Jóvenes investigadores en Derecho internacional privado y sostenibilidad realizado en el marco del proyecto jusost - Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST) - CIPROM 2023-64 (GV)".

Silvana
CANALES
GUTIÉRREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: En los últimos años, las plataformas de economía colaborativa han consolidado su modelo de negocio, operando de forma deslocalizada, desafiando las normativas estatales y con el marcado componente del elemento internacional en las relaciones contractuales con sus usuarios. La economía colaborativa surgió tras la crisis de 2007 como una alternativa prometedora, pero pronto mostró tensiones en la protección de consumidores y trabajadores. Aunque estas plataformas se presentan como sostenibles, su impacto varía según el contexto nacional y su cumplimiento con normativas locales. La regulación ha sido lenta y difícil, especialmente por su carácter internacional. Este análisis examina la sostenibilidad real de estas plataformas en la Unión Europea a 2025, teniendo en cuenta su carácter internacional.

PALABRAS CLAVE: Plataformas de economía colaborativa; sostenibilidad; protección a trabajadores y consumidores; prestación de servicios, economía de plataforma.

ABSTRACT: *In recent years, collaborative economy platforms have consolidated their business model by operating in a delocalized manner, challenging national regulations, and incorporating a strong international element in their contractual relationships with users. The collaborative economy emerged after the 2007 crisis as a promising alternative but soon revealed tensions in the protection of consumers and workers. Although these platforms present themselves as sustainable, their impact varies depending on the national context and compliance with local regulations. Regulation has been slow and challenging, particularly due to their international nature. This analysis examines the actual sustainability of these platforms in the European Union as of 2025, taking into account their cross-border dimension.*

KEY WORDS: *Collaborative economy platforms; sustainability; protection of workers and consumers; service provision; platform economy.*

SUMARIO.- I. EL CONTEXTO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE “ECONOMÍA COLABORATIVA”.- II. DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA A LA ECONOMÍA DE PLATAFORMA.- 1. El caso *Uber*, algunos problemas en el Derecho internacional privado.- 2. Caso *Airbnb*, los consumidores y las externalidades negativas.- III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE “ECONOMÍA COLABORATIVA”.- IV. CONCLUSIONES.

I. EL CONTEXTO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE “ECONOMÍA COLABORATIVA”.

En los últimos años, los mercados digitales han estado dominados por grandes plataformas tecnológicas que han creado y consolidado verdaderos imperios¹. Este crecimiento no solo ha reforzado su poder de mercado, sino que también ha creado un entramado de derechos y obligaciones en el que entran en juego diferentes agentes privados y públicos, nacionales e internacionales, que actúan con intereses disímiles, pero que no se plantean en ningún momento renunciar a la virtualidad, que se ha convertido en el escenario principal de los negocios internacionales.

Las grandes plataformas digitales tienen generalmente su sociedad matriz en los Estados Unidos, como *Apple*, *Google*, *Airbnb*, *Uber*, *Meta*, *Amazon*, entre otros, pero con filiales o sucursales en los Estados miembros, especialmente en Irlanda. La virtualidad les permite que desarrollen su negocio de manera remota, y que puedan ofrecer bienes y servicios a cualquier parte del mundo. La localización de la empresa no es, en los tiempos actuales, un impedimento para acceder a bienes y servicios, pero, cuando se trata de empresas extranjeras que ofrecen sus servicios a los residentes de uno o varios Estados miembros de la Unión Europea (UE), estas tienen que ajustar sus políticas de servicio a la normativa de la UE, especialmente la de protección de partes débiles de la relación contractual como los consumidores o los trabajadores.

Este concepto de protección de la parte débil en el contexto de las plataformas digitales no surgió de la nada, se desarrolló gradualmente en la UE impulsado por la interacción entre los intereses de mercado, la necesidad de encontrar un empleo o adquirir bienes o servicios a bajo costo y la intervención de los Estados

I SUAREZ HERRERO, C.: “The New Digital Conglomerates”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024, p. 958.

• **Silvana Canales Gutiérrez**

Profesora lectora de Derecho internacional privado de la Universitat de Girona, doctora en Derecho por la Universitat Rovira i Virgili en Tarragona con mención internacional y reconocimiento *cum laude*. Líneas de investigación en materia de Derecho internacional privado enfocadas a los derechos de los consumidores en línea, plataformas digitales, vivienda turística, criptomonedas y sucesiones internacionales. Correo electrónico: silvana.canales@udg.edu.

miembros en temas tan delicados como la vivienda, transporte y el empleo, después de un hito que marcó la historia, la crisis económica mundial de 2007². Debido a la crisis y a partir de esa fecha, empezaron a surgir y afianzarse en el mercado plataformas digitales de intermediación para bienes y servicios, cuya filosofía tenía un componente distinto a la de la tradicional retórica capitalista: las plataformas de economía colaborativa, prometían el acceso a bienes o servicios como alojamiento y transporte de personas y cosas, espacios, entre otros, por precios más bajos que los ofrecidos en el mercado, teniendo como partes del contrato a dos personas con necesidades recíprocas y quedando la plataforma como un mero intermediario, un facilitador del contacto entre ambas³.

Este modelo económico alteró aparentemente las formas tradicionales de producir, consumir, financiar, alquilar y vender basándose en el intercambio entre personas en condiciones de igualdad (*peer-to-peer*) y utilizando bienes en desuso través de plataformas digitales⁴.

El incremento de los negocios a través de las plataformas causó diversas consecuencias en la sociedad y la economía, pero debe decirse que todos los efectos no fueron negativos⁵. El derecho de los diferentes Estados se apresuró en regular, sin éxito inmediato a las plataformas digitales de intermediación, y cuyos efectos en las dinámicas de los contratos de trabajo, el sector del alojamiento y el acceso a la vivienda eran cada vez más evidentes incluso antes de la pandemia de la COVID-19.

Pese a las regulaciones -inicialmente tributarias-, y teniendo en cuenta las dificultades de imponer obligaciones a plataformas extranjeras y catalogadas como “prestadoras de servicio de la sociedad de la información”, es decir, aquellas que asumen esa condición cuando su grado de intervención en el desarrollo de la actividad es de intermediario tecnológico y se extiende a aspectos clave como la gestión y organización de la prestación del servicio o la participación activa en la selección de las personas que lo llevan a cabo⁶, las plataformas digitales continuaron desarrollando su negocio y se enfocaron más en promocionarse

- 2 NASARRE AZNAR, S.: “Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 73-83 y SIMON-MORENO, H., KENNA, P.: “Towards a New EU Regulatory Law on Residential Mortgage Lending”, *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 52-54.
- 3 CANALES GUTIÉRREZ, S.: *Consumidores y plataformas de alojamiento turístico en Derecho internacional privado una visión crítica y práctica de la normativa de la Unión Europea y de Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 45-47 y 170.
- 4 GIRALDO, Y.: “Collaborative Economy in Colombia: The New Way of Informality in Labor Relations”, *Brazilian Journal of Public Policy*, vol. 9, núm. 3, 2019, p. 157.
- 5 KATZ, V.: “Regulating the Sharing Economy”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 30, núm.1, 2015, pp. 1082-1083. Los efectos positivos y negativos de la economía colaborativa se abordarán los apartados siguientes.
- 6 GARAU SOBRINO, F.: “Forthcoming Private International Law: The Future Is Already Here”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 17, 2017, p. 313.

como un servicio social que como una empresa sujeta a objetivos económicos y centrarse en su faceta “colaborativa”.

Esta faceta le concedió a las plataformas digitales la “característica” de *sostenible* o por lo menos la posibilidad de incorporar esa finalidad en su publicidad, recordemos que a 2020, se realizó la celebración del Momento ODS 2020, con la 75 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y se puso en marcha la estrategia *década de acción* para alcanzar los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en 2030⁷, que cuenta con el apoyo y compromiso de la Comisión Europea⁸. Es de aclarar que no sólo las plataformas digitales de economía colaborativa sino también las empresas tradicionales, empezaron mostrar su disposición a conseguir estos objetivos, con el fin de demostrar que su actividad comercial podía beneficiar a la sociedad en diferentes frentes y no sólo en el ámbito privado.

Si bien, por un lado, el negocio de las plataformas de economía colaborativa era exitoso, y generaba cada vez más rendimientos tanto para sí mismas, como para los territorios en los cuales se desarrollaba su actividad, por otro, había profundas alteraciones en la protección de las partes débiles, especialmente cuando se configura un elemento internacional, pues si bien el ejercicio de la actividad inicia de manera deslocalizada, siempre existía la conexión del servicio con un bien inmueble o mueble, el Estado de la residencia habitual de un usuario de la plataforma o la prestación del servicio final en determinado territorio. Lo anterior, evidencia que la *sostenibilidad* debe ser valorada en el contexto de la cada Estado, especialmente cuando se trata de normas de protección de parte débil o cuando se encuentran involucrados derechos fundamentales como la vivienda o el derecho al trabajo en condiciones justas.

Visto lo anterior, en esta breve investigación se muestran algunas ideas sobre la sostenibilidad de las plataformas de economía colaborativa, especialmente cuando existe elemento internacional utilizando recursos como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la nueva legislación de la Unión Europea para las plataformas digitales (Reglamento de Servicios Digitales)⁹ y la publicidad de las plataformas de economía colaborativa dirigida hacia el concepto de sostenibilidad.

7 Información disponible en: <https://www.dianova.org/es/noticias/el-momento-ods-2020/> y [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf), fecha de consulta: 15 de abril de 2025.

8 RUDOHRAĐSKA, S.: “Sustainable Development in European Law - With the Special Reference to the Contribution of the Collaborative Economy”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, núm. 4, 2020, p. 224.

9 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), publicado en: *DOUE* núm. 277 del 27 de octubre de 2022.

II. DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA A LA ECONOMÍA DE PLATAFORMA.

Los fundamentos de la economía colaborativa no constituyen un concepto novedoso originado a partir de la crisis económica de 2007. En realidad, el componente colaborativo ha sido una constante en las dinámicas sociales a lo largo de la historia; compartir recursos no es una práctica exclusiva de la modernidad ni una tendencia pasajera. No obstante, lo que sí representa una innovación significativa es el nivel de organización con el que actualmente se lleva a cabo la colaboración, especialmente mediante el uso de plataformas digitales y bajo marcos normativos y operativos específicos. Los antecedentes de las plataformas modernas pueden rastrearse a partir de la empresa *Couchsurfing*, que, desde 2004, permite conectar a viajeros con personas dispuestas a ceder un espacio en su propia casa para una estancia corta, sin valor agregado y con la promesa de usar el servicio de manera recíproca¹⁰.

Sin embargo, la categorización como plataformas de economía colaborativa de ciertas empresas, no vendría sino hasta 2010, con el libro *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*¹¹, en que se estudia y desarrolla el concepto de consumo colaborativo respecto de empresas como *Uber* (transporte), *Airbnb* (alojamientos turísticos) o *TaskRabbit* (tareas domésticas). Estas plataformas se adaptaron a las nuevas dinámicas del mercado digital y prometieron constituir una alternativa más accesible, eficiente y económica en comparación con los modelos tradicionales de consumo¹².

La Unión Europea, en el documento de 2016 titulado “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, indica que la economía colaborativa surge como una alternativa innovadora que impulsa nuevas oportunidades laborales, ofreciendo formas de empleo más flexibles y adaptadas a las necesidades actuales. De acuerdo con este documento, este modelo es especialmente favorable para personas desempleadas, trabajadores que buscan ingresos adicionales y colectivos con dificultades de inserción laboral, facilitando su acceso al mercado de trabajo, en particular jóvenes y grupos marginados. Si bien se señala la necesidad de una regulación adecuada para evitar situaciones de precariedad, también se indica que la economía colaborativa tiene un gran potencial para promover la inclusión y dinamizar el empleo en el contexto socioeconómico actual¹³.

10 Información disponible en: <https://about.couchsurfing.com/about/about-us/>, fecha de consulta: 16 de abril de 2025.

11 BOTSMAN, R., ROGERS, R.: *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*, Harper Business, New York, 2010.

12 GALLEY, J.: “Awareness and Usage of the Sharing Economy”, *Monthly Labor Review*, núm. 139, 2016, pp. 1-2.

13 COM (2016) 356 final, de 2 de julio de 2016, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*.

Originalmente, la eficiencia del modelo de negocio de las plataformas de economía colaborativa se basa en la prestación de servicios de manera directa entre pares, es decir personas que, conectaban a través de la plataforma con una necesidad muy particular que podía ser suplida por otra, que no se dedicaba, en principio, profesionalmente a tal actividad. La prestación directa entre pares elimina -en principio- ciertos obstáculos o requisitos exigidos por los ordenamientos jurídicos a los prestadores tradicionales del servicio, por tanto, las plataformas instaban a que cualquier podía ser; chofer, repartidor, anfitrión, chef, mecánico, etc. Y prestar servicios de manera más económica que una persona con las cualificaciones legales para ello.

La plataforma se presenta como un mero intermediario, que presta el servicio de poner en contacto a dos personas con necesidades recíprocas, por un precio¹⁴. La intermediación es entonces, un acto de comercio que genera diferentes relaciones jurídicas entre las partes involucradas, y si bien la plataforma no es parte de todas ellas, el hecho de poner en contacto a las partes para servicios tan variados como el transporte o el alojamiento, es el origen y el punto de partida de todas las obligaciones jurídicas y derechos derivados.

Este papel central que desempeñan las plataformas digitales como intermediarias, ha impulsado la necesidad de establecer marcos normativos que regulen adecuadamente su funcionamiento y responsabilidad. En este contexto, resulta especialmente relevante observar como la Unión Europea, ha abordado este fenómeno a través de instrumentos legales específicos orientados a garantizar un entorno digital más seguro, transparente y justo.

En la Unión Europea, el marco regulatorio de las plataformas¹⁵ parte de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (Directiva sobre el comercio electrónico)¹⁶, y del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento de Servicios Digitales)¹⁷. El Reglamento busca actualizar el marco legal establecido por la Directiva 2000/31/CE, la cual, por el paso del tiempo y el desarrollo de las nuevas tecnologías, se ha quedado corta ante las exigencias regulatorias del comercio electrónico y la creciente complejidad de los servicios digitales. Aunque el Reglamento no deroga completamente dicha

14 CANALES GUTIÉRREZ, S.: "Protección del huésped como consumidor a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I", en: AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dirs. P. A. MUNAR BERNAT, M. A. MARTOS CALABRÚS, R. LÓPEZ SAN LUIS, V. BASTANTE GRANELL), editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 631.

15 Es de aclarar que este marco regulatorio incluye todas las plataformas y no sólo a las de "economía colaborativa".

16 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.

17 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), publicado en: DOUE núm. 277 del 27 de octubre de 2022.

Directiva, sí pretende conservar, especializar y mejorar sus principios fundamentales para responder adecuadamente a los desafíos actuales del entorno digital¹⁸.

Se pronostica que el Reglamento de Servicios Digitales ejercerá presión sobre las plataformas para que adopten el modelo europeo de moderación de contenidos, dado que impone sanciones económicas significativas, lo que las llevará a incorporar las normas europeas sobre, por ejemplo, el discurso de odio en sus políticas, especialmente dentro de la Unión Europea¹⁹.

La regulación mencionada surgió en este contexto, aunque si bien es cierto, la Directiva sobre el comercio electrónico es más antigua que el *boom* de la economía colaborativa, que se sitúa a partir del año 2007, el Reglamento de Servicios Digitales podría ser considerado una respuesta a la actividad de los prestadores de servicios intermediarios e imponerles obligaciones con el fin de que se:

“comporten de modo responsable y diligente para crear un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, y para que los ciudadanos de la Unión y otras personas puedan ejercer los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la no discriminación y la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores”²⁰.

La necesidad de transparencia en un entorno en línea, con obligaciones más enérgicas para las plataformas, evidencia la necesidad de regulación de un mercado que a primera vista parecía “colaborativo” y de confianza y ayuda mutua entre pares. Ha de tenerse en cuenta en este punto, el elemento internacional, puesto que el origen de las plataformas de economía colaborativa más prestigiosas y antiguas, es estadounidense, son empresas que han sido incorporadas o constituidas en ese país, pero que prestan sus servicios por internet a cualquier parte del mundo. La internacionalidad del servicio es clave en este contexto, puesto que si la empresa se constituye en un ordenamiento jurídico y los destinatarios del servicio tienen domicilio en otros Estados, es de esperarse que existan incompatibilidades en materia de derechos y obligaciones, especialmente a los que involucran a partes débiles de la relación contractual como el trabajador o el consumidor, como veremos más adelante.

Si bien en sus inicios las plataformas de economía colaborativa centraban su estrategia de comunicación y marketing en la idea de “compartir”, promoviendo el aprovechamiento de recursos infrautilizados, la retórica de esta idea

18 CANALES GUTIÉRREZ, S.: *Consumidores y plataformas*, cit., pp. 94-95.

19 CHANDER, A.: “When the Digital Services Act Goes Global”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, núm. 3, 2023, p. 1067.

20 Considerando 3 del Reglamento de servicios digitales.

frecuentemente usada para describir la economía entre pares, distorsiona la verdadera naturaleza de estas dinámicas. Lejos de basarse en la generosidad o la cooperación desinteresada, estas plataformas operan sobre lógicas de mercado en las que cada actor busca obtener un beneficio tangible. Los proveedores encuentran una vía para generar ingresos, los usuarios acceden a servicios o bienes mediante pago, y las plataformas intermediarias capitalizan cada operación realizada²¹.

En este contexto, podemos señalar que en las condiciones actuales, ya no nos encontramos en un escenario de economía colaborativa -y ponemos en duda que alguna vez hay existido tal economía, más allá de la publicidad expuesta en las plataformas- y el escenario actual parece más de economía de plataforma, en el cual estos nuevos agentes de mercado muestran su negocio como "sostenible", es decir que su actividad comercial aumenta los beneficios sociales e incluso ambientales, reduciendo el consumo indiscriminado de recursos y utilizando deliberadamente esas asociaciones positivas para trasladar riesgos a los trabajadores, consumidores y usuarios para reducir su propia responsabilidad²².

I. El caso Uber, algunos problemas en el Derecho internacional privado.

Uber se ha consolidado como una de las compañías más reconocidas a nivel global en el ámbito de los servicios de transporte compartido, representando uno de los ejemplos más sorprendentes del auge de la economía de plataforma moderna que une un modelo operativo y estructura organizacional novedosa de un servicio profundamente tradicional y común el transporte de pasajeros y de cosas²³.

Situados en la prestación de servicios en la Unión Europea, es posible indicar que la internacionalidad en la contratación proviene del domicilio de la empresa prestadora Uber B.V., una sociedad de responsabilidad limitada constituida en los Países Bajos²⁴. En el caso de Uber, sus servicios consisten en facilitar, a través de tecnología para *smartphones*, que los usuarios registrados puedan organizar y planificar servicios de transporte y/o logística con terceros, sin que la plataforma intervenga directamente en la prestación de dichos servicios de manera directa. Se destaca que la plataforma enfatizaba de forma inequívoca que los conductores que utilizan la plataforma debían ser considerados proveedores independientes,

21 ALONI, E.: "Pluralizing the Sharing Economy", *Washington Law Review*, vol. 91, núm. 4, 2016, pp. 1406-1407.

22 SCOTT, I., BROWN, E.: "Redefining and Regulating the New Sharing Economy", *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 19, núm. 3, 2017, p. 583.

23 MELITI, L.: "Caso Uber, las Implicaciones de la Ley de Competencia en Europa y America Latina: Defensores de la Vieja Economía versus Promotores de la Revolución Digital", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, núm. 3, 2020, p. 630.

24 Términos y condiciones de servicio disponibles en: <https://www.uber.com/es/es-es/>, fecha de consulta: 24 de abril de 2025.

y no empleados de *Uber*. Originalmente, la empresa *Uber B.V.* manifestaba de manera clara y contundente que no existía vínculo laboral alguno entre ella y los conductores, a quien afirmaba que eran contratistas independientes,²⁵ reafirmando su carácter autónomo y la ausencia de subordinación o dependencia que pudiera configurar una relación de trabajo²⁶.

El aumento y desarrollo de la actividad de *Uber*, generó una la situación social insostenible para esta empresa en diferentes países, y no sólo en la UE, puesto que si bien la política de pago por hora trabajada funcionaba de manera exitosa en los Estados Unidos, a nivel global, surgieron diversas controversias nacidas del malestar gremial frente a una empresa de transporte con prestadores efectivos del servicio que no cumplían los requisitos legales en cada territorio, pero que competían en términos de igualdad con prestadores acreditados²⁷. Adicionalmente, una sensación de fracaso, en términos de derecho laboral, al ser exitoso y popular el retorno al antiguo sistema del “salario por tarea”, esta vez con la novedad tecnológica, pero con las mismas precariedades que la sociedad había logrado detectar y generalmente superar: que los costos imprescindibles para desempeñar el trabajo fueran trasladados al trabajador, así como el pago de impuestos y la remuneración basada únicamente en resultados²⁸.

La autonomía de la voluntad de las partes en el contrato entre la plataforma *Uber* y *UberEats* y los conductores y los *riders*, con obvios elementos internacionales cuando estos se encontraban en un territorio diferente a los Estados Unidos, generaba incertidumbre respecto a cuáles serían los tribunales competentes en caso de controversia y si el pacto podía ser válido en todas las circunstancias. El Derecho internacional privado de la UE, llamado para resolver las cuestiones clásicas de competencia judicial internacional y ley aplicable, se enfrentaba con un escenario como mínimo complejo, pues en este tipo de contratos parecían disfrazar una relación laboral, pero la modalidad de la contratación era por lo menos en el papel, de servicios.

Determinar que se trataba de una relación laboral en ciertos territorios, no fue una cuestión fácil, recordemos que esto tiene relación con el derecho al trabajo y las normas imperativas del lugar de residencia habitual del trabajador en el contexto de la Unión Europea de acuerdo con el Reglamento (CE) N° 593/2008,

25 Versión anterior de las condiciones de uso de *Uber* disponibles en: <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-terms-of-use&country=spain&lang=es-es>, fecha de consulta: 29 de abril de 2025.

26 MARIN CONSARNAU, D.: “Las relaciones internacionales de trabajo en la economía de plataforma”, en: AA.VV.: *Collaborative economy: challenges and opportunities*, (coords. BALCELLS J., BATLLE, A., DELGADO A. M. y otros), Huygens Editorial, Padua, 2018, pp. 94-95.

27 MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.: “Los conflictos de *Uber* y la necesidad de una norma específica que regule las compañías de transporte en la red”, *Revista CEFLegal*, núm. 240, 2021, pp. 8-10.

28 OLIVEIRA, MURILO C. S.: “Employment Relationship in Digital Platform”, *Law Journal of Social and Labor Relations*, vol. 8, núm. 2, 2022, pp. 172-173.

en adelante RRI²⁹, además, si se trataba de un trabajador eran aplicables los foros del art. 21 del Reglamento (UE) N° 1215/2012, en adelante, RBlbis³⁰.

En España, respecto de los *riders*, tenemos el caso de *Glovo* en la STS 25 septiembre 2020³¹, que unifica la jurisprudencia y declara que los repartidores de *Glovo* son trabajadores por cuenta ajena, debido al control empresarial ejercido mediante la aplicación. Este control limita su autonomía a aspectos secundarios como la ruta o el medio de transporte. La sentencia destaca que la supuesta libertad del repartidor es más aparente que real. Igualmente, el Juzgado de lo Social N° 31 de Barcelona³² calificó como laboral la relación entre la plataforma *Deliveroo* y sus *riders*. Ambas resoluciones subrayan la subordinación como rasgo clave del vínculo laboral³³.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se refirió a la actividad de *Uber* en el asunto C-434/15³⁴, y determinó que los servicios ofrecidos por empresas como *Uber*, a través de plataformas digitales, consisten en poner en contacto, a cambio de una tarifa, a conductores no profesionales con usuarios que desean desplazarse dentro de zonas urbanas. En este sentido, se concluyó que estos servicios están “indisociablemente vinculados a un servicio de transporte” y, por tanto, deben ser considerados como tales. Esta calificación implica que deben ajustarse a los mismos requisitos y regulaciones que se exigen a las empresas tradicionales de transporte dejando en manos de los Estados miembros la regulación de las condiciones para la prestación de estos servicios³⁵.

Visto lo anterior, es importante destacar la contradicción que plantea el uso de la tecnología de la plataforma *Uber*: genera comodidad y beneficios para los clientes, pero a costa de intensificar las cargas laborales de los trabajadores. Esta dinámica cuestiona las visiones muy positivas del uso de las tecnologías que la presenta como una herramienta de mejora universal para todas las partes involucradas. En realidad, las principales beneficiadas son las plataformas, que logran consolidar su modelo de negocio aprovechando vacíos legales y obteniendo un rendimiento laboral superior al que oficialmente reconocen³⁶.

29 Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), publicado en: *DOUE* núm. 177 del 4 de julio de 2008.

30 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 publicado en: *DOUE* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

31 STS núm. 805/2020 del 25 de septiembre, ECLI:ES:TS:2020:2924.

32 SJSO núm. 2253/2019 del 11 de junio, ECLI:ES:JSO:2019:2253.

33 CANALES GUTIÉRREZ, S.: *Consumidores y plataformas*, cit., pp. 63-64.

34 As. C-434/15, ECI:EU:C:2017:981, del 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Sistemas Spain, S.L.*

35 CANALES GUTIÉRREZ, S.: *Consumidores y plataformas*, cit., p. 64.

36 RIESGO GÓMEZ, V.: “Aprovechando y expandiendo la hiperflexibilización del empleo. El modelo *Uber* en España”, *EMPIRIA. Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, vol. 59, 2023, pp. 45-46.

Este modelo de trabajo impuesto por las plataformas digitales revela una clara desprotección del trabajador, disfrazada de flexibilidad y autonomía. En realidad, se trata de una forma de control encubierto que permite a las empresas beneficiarse de una fuerza laboral barata, sin asumir las obligaciones propias de un empleador. Esta precarización estructural exige una respuesta firme desde el derecho laboral, que no puede seguir ignorando las nuevas estrategias empresariales basadas en la aparente neutralidad tecnológica y el componente “colaborativo”.

2. Caso Airbnb, los consumidores y las externalidades negativas.

Las plataformas digitales como *Airbnb*, *Wimdu*, *HouseTrip* y *HomeExchange* exponen claramente el carácter global de sus actividades basados en su modelo de negocio, que, gracias a la conectividad de Internet, permiten la interconexión de usuarios y servicios en prácticamente todos los países. Este fenómeno transfronterizo no es fortuito, sino que está sustentado en varios factores clave: la ubicación de la sede social de la plataforma, el domicilio de los usuarios y la localización de los inmuebles³⁷.

Airbnb, fundada en 2008, y con sede social en Irlanda, ha ofrecido más habitaciones en alquiler que cualquier cadena hotelera en el mundo³⁸. Se trata de una de las plataformas más destacadas de la “economía colaborativa”, permitiendo a quienes buscan alojamiento temporal conectarse con personas dispuestas a alquilar espacios en sus hogares. De acuerdo con el TJUE el servicio de *Airbnb* se trata de:

“Poner en contacto, una plataforma electrónica, a cambio de una remuneración, a potenciales arrendatarios con arrendadores profesionales o no profesionales que ofrecen servicios de alojamiento de corta duración, con el fin de que los primeros puedan reservar un alojamiento”³⁹.

Además de ofrecer una opción generalmente⁴⁰ más económica que los hoteles, la plataforma sostiene que contribuye al crecimiento económico de las ciudades donde opera, alentando a los viajeros a descubrir zonas menos turísticas y a viajar en momentos en que normalmente se quedarían en casa. Aunque existen otras

37 FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: *Régimen transfronterizo de las plataformas digitales que intermedian en el sector del alquiler de corta duración*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 23-24.

38 ROACH, J. C.: “How Airbnb Has Affected the Hotel Industry”, *Monthly Labor Review*, vol. 141, núm. 5, 2018, pp. 1-2.

39 As. C-390/18, de 19 de diciembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:1112, proceso penal contra X, con la intervención de YA, *Airbnb Ireland UC*, *Hôtelière Turenne SAS* y *Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP)*, FJ 49.

40 Se indica la palabra “generalmente” para hacer referencia al hecho que el precio puede variar por múltiples factores externos e internos a *Airbnb*.

plataformas de alquiler de viviendas, *Airbnb* se ha consolidado como líder en la industria debido a su crecimiento en términos de alcance y rentabilidad⁴¹.

Airbnb, de acuerdo con sus términos de servicio es una plataforma que:

“ofrece un espacio en línea que permite a los usuarios (en lo sucesivo, los «Miembros») publicar, ofrecer, buscar y reservar servicios. Los Miembros que publican y ofrecen servicios son «Anfitriones» y los Miembros que buscan, reservan o utilizan servicios son «Huéspedes» (también denominados «Participantes», en el caso de las Experiencias). Los Anfitriones ofrecen alojamiento (en lo sucesivo, «Alojamiento»), actividades, excursiones y eventos (denominados, conjuntamente, «Experiencias») y una variedad de servicios de viaje y de otro tipo (denominados, conjuntamente, «Servicios de Anfitrión», y una oferta de Servicios de Anfitrión, «Anuncio»’⁴².

Los usuarios deben aceptar los términos y condiciones establecidos de forma unilateral por la plataforma, lo que les otorga un control limitado sobre las condiciones del acuerdo. Este modelo de contrato estándar es común en muchas plataformas digitales, lo que significa que los anfitriones y huéspedes deben adaptarse a las reglas preestablecidas sin la posibilidad de modificar aspectos fundamentales del acuerdo. De esta manera, la plataforma actúa como la principal determinante de las relaciones contractuales, y los usuarios tienen poca o ninguna capacidad para negociar términos que puedan ser más favorables a sus intereses⁴³.

En materia de consumidores, la relación surgida entre la plataforma como empresario y el huésped que actúa por fuera de su actividad profesional puede generar incertidumbre sobre quien es el llamado a responder por los daños causados al arrendatario en una actividad de naturaleza presuntamente colaborativa. La relación tripartita entre la plataforma, el propietario y el huésped genera tres relaciones contractuales autónomas cuyos límites aún están por trazarse⁴⁴. En caso de controversia, y si existe un elemento internacional, los huéspedes como consumidores podrían demandar a la plataforma extranjera en los EM, pues de acuerdo con el art. 18 del RLBis, el consumidor pasivo con domicilio en un EM siempre tiene la opción de demandar en su domicilio y en el del profesional, a

41 INTERIAN, J.: “Up in the Air: Harmonizing the Sharing Economy through Airbnb Regulations”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 39, núm 1, 2016, pp. 132.

42 Extraído de términos de servicio de *Airbnb* actualizados a 10 de abril de 2025, disponibles en: https://www.airbnb.es/help/article/2908?_set_bev_on_new_domain=1741342167_EANDk4OWM3OTk4OD, fecha de consulta: 24 de abril de 2025

43 RIBERA BLANES B.: “Condiciones y términos de uso de *Airbnb* a examen: ¿cumplen estas condiciones las normas comunitarias en materia de consumidores?”, en: AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dirs. P. A. MUNAR BERNAT, M. A. MARTOS CALABRÚS, R. LÓPEZ SAN LUIS, V. BASTANTE GRANELL), editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 537.

44 MAESE, M.: “Rethinking Host and Guest Relations in the Advent of Airbnb and the Sharing Economy”, *Texas A&M Journal of Property Law*, núm. 2, 2015, p. 487.

menos que se configure una de las excepciones del Art. 19 RBlbis. Respecto del propietario y el huésped, entraríamos en el terreno del foro exclusivo del Art. 24 RBlbis, al tratarse de un arrendamiento de bien inmueble y el huésped no podría demandar en su propio domicilio al propietario, a menos que estuviera domiciliado en el mismo EM donde estuviese localizado el inmueble⁴⁵.

Estas consideraciones de Derecho internacional privado de la Unión Europea, indican las dificultades de la reclamación por las partes débiles de la relación contractual respecto de las plataformas de “economía colaborativa”, en las cuales el panorama de reclamación no es claro, y el consumidor puede encontrarse en la difícil situación de tener que analizar previamente si su reclamación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de un foro exclusivo -lo cual limitaría el acceso a la justicia en su EM de domicilio- o si, por el contrario, puede beneficiarse de las disposiciones de los foros de protección a los consumidores⁴⁶. Así las cosas, se evidencia que lo que a primera vista parecía un negocio entre pares, va involucrándose más y más en el contexto empresarial regular, y las partes muestran la natural postura de desequilibrio contractual que nace de la relación de consumo entre el huésped y una plataforma con sede social en el extranjero que presta servicios de intermediación por internet.

Respecto a los efectos externos de la actividad de las plataformas, tenemos que las consecuencias positivas de *Airbnb* para los usuarios y la economía local no están exentas de costes. El aumento de los alquileres de corta duración a través de esta plataforma se asocia con la reducción del número de viviendas disponibles para alquilar a largo plazo. En diversos territorios, un porcentaje significativo del parque habitacional ha sido transformado en alojamientos turísticos. Esta reasignación contribuye al incremento de los precios medios del alquiler, afectando especialmente a aquellas zonas que ya enfrentan una crisis de vivienda asequible. La expansión de este modelo amenaza la estabilidad y cohesión de las comunidades locales⁴⁷.

Airbnb promociona su servicio como un mecanismo para aprovechar recursos infrautilizados, permitiendo a los anfitriones compartir espacios en sus hogares a cambio de una compensación económica. No obstante, al obtener beneficios financieros, los anfitriones también generan externalidades negativas que afectan tanto a sus vecinos como a las comunidades circundantes, mediante la

45 CARRIZO AGUADO, D.: “Tramantojo de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, p. 504.

46 CANALES GUTIÉRREZ, S.: *Consumidores y plataformas*, cit., pp. 94-95.

47 GOLD, A.: “Community consequences of Airbnb”, *Washington Law Review*, vol. 94, núm. 4, 2019, p. 1588.

gentrificación⁴⁸. La práctica del alquiler temporal impacta directamente en las propiedades, los barrios y, en última instancia, en las ciudades donde se lleva a cabo. Entre los efectos más relevantes se encuentran la pérdida de viviendas asequibles, el incremento del precio medio del alquiler y la transformación del carácter tradicional de los vecindarios. Además, en muchas ciudades, la proliferación de alojamientos turísticos ha generado tensiones sociales, desplazamiento de residentes de larga data y una presión creciente sobre los servicios públicos. Estos fenómenos han llevado a varios gobiernos locales a implementar regulaciones más estrictas⁴⁹ con el fin de equilibrar el fomento del turismo con la protección del tejido social urbano⁵⁰ y establecer límites a la vivienda turística⁵¹.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE “ECONOMÍA COLABORATIVA”.

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta este punto, la sostenibilidad proclamada por las plataformas de “economía colaborativa” puede encajar perfectamente dentro de la categoría de estrategia publicitaria *greenwashing* o *collaborative washing*⁵², especialmente si se analiza a la luz de su modelo de negocio y de su posicionamiento en el mercado global. Estas plataformas, en muchos casos, utilizan el discurso de la sostenibilidad y la eficiencia ecológica como una herramienta para captar consumidores sensibles a estas cuestiones, sin que ello se traduzca necesariamente en transformaciones estructurales reales dentro de su funcionamiento operativo. No obstante, resulta imprescindible verificar si, al mes de mayo de 2025, se ha logrado avanzar de forma tangible en la consecución de alguno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) establecidos por la Agenda 2030, en particular aquellos vinculados al trabajo decente, la reducción de las desigualdades o la producción y consumo responsables.

Tenemos en primer lugar a la plataforma *Uber* que ha asumido el compromiso de convertirse en una plataforma de movilidad sin emisiones a nivel global, apostando por un transporte más sostenible mediante vehículos eléctricos, transporte público y opciones como bicicletas y patinetes. Desde 2020 ha ampliado sus metas, incluyendo entregas sin emisiones y envases sostenibles en

48 WACHSMUTH, D., WEISLER, A.: “Airbnb and the rent gap: Gentrification through the sharing economy”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, vol. 50, núm. 6, 2018, pp. 1149-1151 y NAVIDAD, A.: TAMAYO, A., GUADARRAMA, E.: “Airbnb, ¿hospedaje colaborativo en un escenario gentrificado?”, *Turismo y Sociedad*, núm. XXXIV, 2024, pp. 249-251.

49 Véase las medidas tomadas por Barcelona en: [chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjcgclcfi ndmkaj/https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/aaff_dialects_habitatge4_cat-ca-es-es-es.pdf](https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/aaff_dialects_habitatge4_cat-ca-es-es-es.pdf), fecha de consulta 30 de abril de 2025.

50 JANOSCHKA, M.: “Gentrificación en España reloaded”, *Papers*, núm. 60, 2018, p. 25.

51 As. C-724/18 y C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743, de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments SCI, HX vs Procureur général près la cour d'appel de Paris, Ville de Paris*, FJ 65.,

52 GOMEZ□ALVAREZ, R., MORALES□SÁNCHEZ, R.: “How does collaborative economy contribute to common good?”, *Business Ethics, the Environment & Responsibility*, special issue, 2021, p. 2.

Uber Eats, logrando en 2025 que el 50 % de los kilómetros recorridos en ciudades europeas clave se realicen en vehículos eléctricos, y que el 80 % de los pedidos utilicen envases ecológicos. Para 2030, proyecta operar sin emisiones en EE. UU., Canadá y Europa, y para 2040, alcanzar la movilidad y entregas sin emisiones a nivel mundial. Aunque el proceso requiere tiempo y esfuerzo, *Uber* cuenta con un plan estructurado y busca sumar aliados en este camino hacia un futuro más limpio⁵³.

Aunque las metas de sostenibilidad anunciadas por *Uber* pueden parecer ambiciosas y alineadas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, es necesario adoptar una postura crítica frente a su viabilidad, coherencia y profundidad estructural. En primer lugar, gran parte del discurso se apoya en promesas a largo plazo (2030 y 2040), lo cual permite postergar la rendición de cuentas inmediata y diluir la responsabilidad actual. Además, la apuesta por los vehículos eléctricos, si bien representa una mejora respecto a los motores de combustión, no resuelve problemas estructurales como la congestión urbana, el consumo energético creciente o la explotación laboral dentro de su modelo de negocio. Por otro lado, la transición hacia envases sostenibles en *Uber Eats*, aunque positiva, se presenta más como una estrategia de reputación que como una transformación sistémica, especialmente si no se acompaña de medidas concretas sobre reducción del consumo o mejora de las condiciones laborales de repartidores.

Respecto de la plataforma *Airbnb* y similares, *Airbnb* ofrece una serie de recursos y recomendaciones para ayudar a los anfitriones a adoptar prácticas más sostenibles en sus alojamientos, combinando consejos básicos para principiantes con aportes de expertos. Desde sugerencias para ahorrar energía y reducir las facturas de servicios públicos, hasta ideas para reciclar y minimizar residuos, la plataforma promueve pequeños cambios que, en conjunto, pueden tener un impacto significativo y contribuir a la reducción de la huella ambiental. El objetivo es facilitar una transición hacia una hospitalidad más consciente, ayudando tanto a anfitriones como a huéspedes a actuar de forma más responsable con el entorno⁵⁴.

Aunque las iniciativas de *Airbnb* para fomentar prácticas sostenibles entre sus anfitriones representan un paso positivo, su enfoque resulta superficial y limitado en relación con los desafíos reales del turismo sostenible. La mayoría de los consejos ofrecidos apuntan a cambios menores que, si bien pueden generar cierta reducción en el consumo energético o de residuos, no abordan los impactos estructurales más significativos que genera la actividad turística impulsada por la propia plataforma.

53 Información disponible en: <https://www.uber.com/es-es/about/sustainability/>, fecha de consulta 30 de abril de 2025.

54 Información disponible en: <https://www.airbnb.com.co/resources/hosting-homes/t/sostenibilidad-49>, fecha de consulta: 30 de abril de 2025.

En términos ambientales y sociales, ambas plataformas intentan cumplir a su manera los objetivos de ciudades y comunidades sostenibles y producción y consumo responsables (ODS 11 y 12) con las dificultades que ello comporta, aunque en los tiempos existe más claridad sobre su ánimo lucro y una división marcada entre los que responsabilidad de la plataforma frente al propietario del vehículo o del inmueble. Lo anterior, se encuentra en concordancia con la expedición del Reglamento de Servicios Digitales que impuso a las plataformas ciertas obligaciones específicas, especialmente de auditoría, de seguimiento y estandarizó en términos generales el sistema de reclamación de los usuarios contra la plataforma⁵⁵.

Visto lo anterior, se puede señalar que las plataformas de la llamada “economía colaborativa”, demuestran una complejidad más alta que la simple colaboración entre partes de un bien, un servicio o un recurso. Su *sostenibilidad* dentro del mercado es un efecto buscado y encontrar plataformas de “economía colaborativa” cuyo objetivo sea más social y menos privado parece ser una tarea cada vez más difícil especialmente en el contexto de la economía social⁵⁶. Para abordar tal afirmación desde una perspectiva práctica expondremos la actividad de dos plataformas de “economía colaborativa” que parecen superar la base capitalista original.

La primera se trata *Airbnb.org*, una organización estadounidense sin ánimo de lucro fundada por *Airbnb* que, de forma independiente y conforme a la legislación de los Estados Unidos, ofrece alojamiento de emergencia en momentos de crisis. Para ello, utiliza la plataforma tecnológica, los servicios y la comunidad globales de *Airbnb*, facilitando el contacto entre personas que necesitan un lugar donde alojarse y anfitriones dispuestos a ofrecerlo cerca de las zonas afectadas por catástrofes. Además, *Airbnb* cubre las comisiones de servicio de las estancias gestionadas a través de *Airbnb.org* en su plataforma⁵⁷. Si bien *Airbnb.org* utiliza la red de *Airbnb*, podemos señalar que el fin de esta plataforma es altruista y se aproxima a la “sostenibilidad” al tratarse de un sistema que se nutre a sí mismo con el apoyo de anfitriones que en circunstancias normales cobrarían por alojamiento, pero que han decidido renunciar a ese pago por un interés social superior, aunque no puede dejar de mencionarse que el nombre de esta organización y su conexión con una plataforma como *Airbnb*, podría concederle a esta última beneficios publicitarios y tributarios de acuerdo a cada territorio⁵⁸.

55 MARIQUE E., MARIQUE, Y.: “Sanctions on Digital Platforms: Beyond the Public-Private Divide”, *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, núm. 2, 2019, p. 265 y RUDOHRAJSKA, S.: *Sustainable Development*, pp. 227-228.

56 FONT I MAS, M.: “Plataformas de Capital versus Plataformas Sociales en la Economía Colaborativa: Punto de vista jurídico internacional”, *CIRIEC*, núm. 12, 2018, pp. 4-5.

57 Información disponible en: <https://www.airbnb.es/e/airbnb-org-about>, fecha de consulta: 30 de mayo de 2025.

58 CANALES GUTIÉRREZ, S.: *Consumidores y plataformas*, cit., pp. 51-53.

La segunda se trata *FairBnB.coop*, una cooperativa italiana que propone una alternativa al turismo digital tradicional, combinando experiencias de viaje auténticas con el bienestar de las comunidades locales. A través de una plataforma *online* que busca minimizar el impacto negativo del turismo, como la subida de precios y la pérdida del tejido social, devolviendo, de acuerdo con su página web el verdadero espíritu colaborativo a la economía compartida. La cooperativa se basa en principios de propiedad colectiva, gobernanza democrática, sostenibilidad social y transparencia. Reinvierten el 50% los beneficios en proyectos sociales decididos por los propios vecinos, como iniciativas ecológicas, espacios comunitarios o mercados locales, mientras cumplen con la legislación vigente y protegen la privacidad de los usuarios. Su objetivo es que el turismo beneficie a quienes viven en los destinos, no solo a quienes los visitan⁵⁹.

La propuesta de *FairBnB.coop* se presenta como una alternativa ética al turismo digital convencional, no obstante, esta narrativa, aunque atractiva desde el punto de vista publicitario, requiere ser analizada críticamente para valorar su aplicabilidad real y su capacidad de transformación estructural en el contexto del capitalismo de plataforma. En primer lugar, *FairBnB.coop* no es una de las plataformas dominantes del mercado y su influencia es reducida frente a empresas como *Airbnb*. En segundo, si bien se desmarca de los modelos dominantes al reinvertir el 50% de sus beneficios en proyectos sociales, esta cifra sigue implicando una lógica de mercado en la otra mitad de su operación, lo que sugiere una coexistencia y no una ruptura con las dinámicas de acumulación propias del turismo y aunque contribuya en parte a paliar sus efectos sigue siendo parte un gremio, que si bien genera beneficios a las ciudades en materia de dinamismo económico, causa externalidades negativas debido a la sobreexposición del turismo y las dificultades para acceder y gestionar la vivienda tanto turística como residencial en las ciudades europeas.

IV. CONCLUSIONES.

Las plataformas de economía colaborativa han transformado el mercado digital global, promoviendo nuevos modelos de consumo y trabajo, pero también generando tensiones en la protección de consumidores y trabajadores, especialmente en contextos internacionales. Su sostenibilidad, aunque promovida discursivamente, debe evaluarse críticamente en función del cumplimiento de normativas locales y del impacto real en los derechos fundamentales y en las comunidades donde operan.

⁵⁹ Información disponible en: https://www.airbnb.es/e/airbnb-org?c=.pi130.pkairbnb-org&_set_bev_on_new_domain=1739807540_EAMzJhN2U0OTFiNT, fecha de consulta: 30 de mayo de 2025.

Aunque la economía colaborativa se presentó inicialmente como un modelo basado en el intercambio entre pares y el aprovechamiento de recursos infrautilizados, en la práctica ha evolucionado hacia una economía de plataforma regida por lógicas de mercado. Bajo una apariencia de sostenibilidad y cooperación, muchas plataformas trasladan riesgos a trabajadores y consumidores, lo que evidencia la necesidad de una regulación más clara y efectiva, especialmente en contextos internacionales.

El caso Uber revela cómo las plataformas digitales desafían las categorías jurídicas tradicionales al combinar innovación tecnológica con modelos laborales que difuminan los límites entre autonomía y subordinación. Las controversias surgidas han llevado a los tribunales a reevaluar la naturaleza de estas relaciones, especialmente cuando intervienen elementos internacionales, evidenciando la complejidad de aplicar el Derecho internacional privado en este tipo de contrataciones.

El modelo de negocio de Airbnb, al igual que otras plataformas de economía colaborativa, genera tanto beneficios como externalidades negativas. Mientras facilita el acceso a alojamientos económicos y promueve la economía local, también contribuye a la escasez de viviendas asequibles y al aumento de precios, afectando la estabilidad de las comunidades y barrios. Las tensiones sociales y los impactos sobre la vivienda han llevado a la necesidad de regular estas plataformas para equilibrar sus ventajas con las consecuencias indeseadas, sobre todo en lo que respecta a la gentrificación y el desplazamiento de residentes locales.

A 2025, aunque las plataformas de "economía colaborativa" como *Uber* y *Airbnb* promueven metas sostenibles, muchas veces sus iniciativas se limitan a estrategias de marketing más que a cambios estructurales reales. A pesar de sus compromisos hacia la sostenibilidad, los problemas de congestión urbana, consumo energético y explotación laboral persisten. Alternativas como *Airbnb.org* y *FairBnB.coop* intentan ofrecer modelos más éticos y sostenibles, pero su impacto sigue siendo limitado en comparación con los gigantes del sector. En general, la sostenibilidad de estas plataformas parece más una herramienta publicitaria para su marca que una verdadera transformación hacia un modelo económico socialmente justo y ambientalmente responsable.

BIBLIOGRAFÍA

ALONI, E.: "Pluralizing the Sharing Economy", *Washington Law Review*, vol. 91, núm. 4, 2016.

BOTSMAN, R., ROGERS, R.: *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*, Harper Business, New York, 2010.

CANALES GUTIÉRREZ, S.: *Consumidores y plataformas de alojamiento turístico en Derecho internacional privado una visión crítica y práctica de la normativa de la Unión Europea y de Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

CANALES GUTIÉRREZ, S.: "Protección del huésped como consumidor a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I", en: AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dirs. P. A. MUNAR BERNAT, M.A. MARTOS CALABRÚS, R. LÓPEZ SAN LUIS, V. BASTANTE GRANELL), editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

CARRIZO AGUADO, D.: "Trampantojo de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019.

CHANDER, A.: "When the Digital Services Act Goes Global", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, núm. 3, 2023.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: *Régimen transfronterizo de las plataformas digitales que intermedian en el sector del alquiler de corta duración*, Atelier, Barcelona, 2024.

FONT I MAS, M.: "Plataformas de Capital versus Plataformas Sociales en la Economía Colaborativa: Punto de vista jurídico internacional", *CIRIEC*, núm. 12, 2018.

GALLEY, J.: "Awareness and Usage of the Sharing Economy", *Monthly Labor Review*, núm. 139, 2016.

GARAU SOBRINO, F.: "Forthcoming Private International Law: The Future Is Already Here", *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*, núm. 17, 2017.

GIRALDO, Y.: "Collaborative Economy in Colombia: The New Way of Informality in Labor Relations", *Brazilian Journal of Public Policy*, vol. 9, núm. 3, 2019.

GOLD, A.: "Community consequences of Airbnb", *Washington Law Review*, vol. 94, núm. 4, 2019.

GOMEZ-ALVAREZ, R., MORALES-SÁNCHEZ, R.: "How does collaborative economy contribute to common good?", *Business Ethics, the Environment & Responsibility*, special issue, 2021.

INTERIAN, J.: "Up in the Air: Harmonizing the Sharing Economy through Airbnb Regulations", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 39, núm. 1, 2016.

JANOSCHKA, M.: "Gentrificación en España reloaded", *Papers*, núm. 60, 2018.

KATZ, V.: "Regulating the Sharing Economy", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 2015.

MAESE, M.: "Rethinking Host and Guest Relations in the Advent of Airbnb and the Sharing Economy", *Texas A&M Journal of Property Law*, núm. 2, 2015.

MARÍN CONSARNAU, D.: "Las relaciones internacionales de trabajo en la economía de plataforma", en: AA.VV.: *Collaborative economy: challenges and opportunities*, (coords. BALCELLS J., BATLLE, A., DELGADO A. M. y otros), Huygens Editorial, Padua, 2018.

MARIQUE E., MARIQUE, Y.: "Sanctions on Digital Platforms: Beyond the Public-Private Divide", *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, núm. 2, 2019.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.: "Los conflictos de Uber y la necesidad de una norma específica que regule las compañías de transporte en la red", *Revista CEFLegal*, núm. 240, 2021.

MELITI, L.: "Caso Uber, las Implicaciones de la Ley de Competencia en Europa y America Latina: Defensores de la Vieja Economia versus Promotores de la Revolucion Digital", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, núm. 3, 2020.

NASARRE AZNAR, S.: "Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa", Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

OLIVEIRA, MURILO C. S.: "Employment Relationship in Digital Platform", *Law Journal of Social and Labor Relations*, vol. 8, núm. 2, 2022.

RIBERA BLANES B.: "Condiciones y términos de uso de Airbnb a examen: ¿cumplen estas condiciones las normas comunitarias en materia de consumidores?", en: AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dirs. P. A. MUNAR BERNAT, M.A. MARTOS CALABRÚS, R. LÓPEZ SAN LUIS, V. BASTANTE GRANELL), editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

RIESGO GÓMEZ, V.: "Aprovechando y expandiendo la hiperflexibilización del empleo. El modelo *Uber* en España", *EMPIRIA. Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, vol. 59, 2023.

ROACH, JOHN C.: "How Airbnb Has Affected the Hotel Industry", *Monthly Labor Review*, vol. 141, núm. 5, 2018.

RUDOHRADSKA, S.: "Sustainable Development in European Law - With the Special Reference to the Contribution of the Collaborative Economy", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, núm. 4, 2020.

SCOTT, I., BROWN, E.: "Redefining and Regulating the New Sharing Economy", *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 19, núm. 3, 2017.

SIMON-MORENO, H., KENNA, P.: "Towards a New EU Regulatory Law on Residential Mortgage Lending", *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, vol. 11, núm. 1, 2019.

SUAREZ HERRERO, C.: "The New Digital Conglomerates", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024.

WACHSMUTH, D., WEISLER, A.: "Airbnb and the rent gap: Gentrification through the sharing economy", *Environment and Planning A: Economy and Space*, 2018, vol. 50, núm. 6, pp. 1149-1151 y NAVIDAD, A., TAMAYO, A., GUADARRAMA, E.: "Airbnb, ¿hospedaje colaborativo en un escenario gentrificado?", *Turismo y Sociedad*, núm. XXXIV, 2024.

**LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES EN LOS
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN Y SU
PREOCUPACIÓN PARA EL ARBITRAJE DE INVERSIONES
¿CUMPLIENDO LA META DE LOS ODS 2030?***

***ENVIRONMENTAL CLAUSES IN BILATERAL INVESTMENT
TREATIES AND THEIR IMPLICATIONS FOR INVESTMENT
ARBITRATION: ARE WE ON TRACK TO ACHIEVE THE 2030
SDGS?***

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 874-901

* El presente artículo está basado en la ponencia presentada al Primer Encuentro de Jóvenes investigadores en Derecho internacional privado y sostenibilidad realizado en el marco del proyecto jusost - Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST) - CIPROM 2023-64 (GV)

Irene MERINO
CALLE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: En el presente artículo analizaremos cómo se están insertando las cláusulas medioambientales en los tratados bilaterales de inversión y como éstas pueden afectar al arbitraje de inversiones, evaluando su capacidad para equilibrar los derechos de los inversores con la protección ambiental. También explora si estas disposiciones contribuyen al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) 2030, considerando los desafíos de conciliar desarrollo económico y sostenibilidad en un contexto global de creciente preocupación ambiental.

PALABRAS CLAVE: Medio ambiente; cláusulas medioambientales; arbitraje de inversiones; ODS; tratados bilaterales de inversión.

ABSTRACT: *This article analyses how environmental clauses are being inserted into bilateral investment treaties and how they may affect investment arbitration, assessing their ability to balance investor rights with environmental protection. It also explores whether these provisions contribute to the fulfilment of the 2030 Sustainable Development Goals (SDGs), considering the challenges of reconciling economic development and sustainability in a global context of growing environmental concern.*

KEY WORDS: *Environment; environmental clauses; investment arbitration; SDGs; bilateral investment treaties.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INCLUSIÓN DE CLAÚSULAS MEDIOAMBIENTALES EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.- III. CÓMO AFECTAN LAS CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES AL ARBITRAJE DE INVERSIONES.- IV. EL RETO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS).- V. REFLEXIONES FINALES Y CUESTIONES A RESOLVER EN UN FUTURO PRÓXIMO².- I. La mediación.- 2. Acuerdos multilaterales de inversión/acuerdos de facilitación de la inversión/acuerdos de cooperación y facilitación de la inversión.- A) *Acuerdos Multilaterales de Inversión (AMI)*.- B) *Acuerdo sobre Facilitación de Inversiones para el Desarrollo (FID)*.- C) *Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) - Modelo de Brasil*.

I. INTRODUCCIÓN.

Históricamente, el arbitraje de inversiones y la protección del medio ambiente han pertenecido a regímenes internacionales distintos. No obstante, la línea divisoria entre ambos cada vez es más transparente, lo que provoca que aumente la interconexión¹. Es cierto que el arbitraje se centra sobre todo en defender los derechos de los inversores, que a través de la Inversión Directa Extranjera (en adelante IDE) transfieren capital extranjero a un país receptor con el objetivo de crear una rentabilidad duradera en el tiempo². Si bien esta IDE es una fuente de riqueza importante para fomentar el desarrollo, la sostenibilidad y la competitividad de la economía de un país, gracias a la inyección de capital, tecnología y conocimiento, también favorece la creación de empleo y proporciona ingresos fiscales a las arcas públicas, sobre todo para los países en desarrollo; por esta razón, muchos países han tratado de atraer la inversión extranjera mediante incentivos fiscales o ayudas públicas. Pero estos incentivos también generan riesgos para las personas, el medio ambiente (desde la deforestación y sobreexplotación de la Amazonía, pasando por la situación extrema que vive el parque de Doñana, o el deshielo sin freno que vive el Ártico), o la economía local (se produce una flexibilización de las normas reguladoras en los estándares laborales o medioambientales, lo que se traduce en mercados menos regulados

- 1 FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "La Necesaria Adaptación de los Acuerdos Internacionales de Inversiones y del Arbitraje de Inversiones al Desarrollo Sostenible", en LARRAZ IRIBAS, B. y FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (eds.): *Desarrollo Sostenible en el Siglo XXI: Economía, Sociedad y Medio Ambiente*, IproLex, Madrid, 2016, pp. 87-123, en especial p. 88. LARSEN, S., KIRTLEY, W.: "Preocupaciones ambientales en el arbitraje de inversiones". Recuperado de: *Preocupaciones ambientales en el arbitraje de inversiones • Arbitraje* (consultado el 5/05/2025).
- 2 HERRERA ÁÑEZ, W.: "El arbitraje internacional de inversiones en Bolivia", en ESPLUGUES MOTA, C., BARONA VILAR S. y ALVARADO C.: *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 205 a 224, en especial p.213.

• Irene Merino Calle

Profesora Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de Valladolid. Ex investigadora Margarita Salas en la Universidad de Porto (Portugal). Miembro del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid. Miembro del GIR Derecho de familia y Derechos Humanos/Family Law and Human Rights de la Universidad de Valladolid. Correo electrónico: irene.merino.calle@uva.es.

o con costes de producción más bajos)³. De esta forma, la interacción entre las cuestiones ambientales y el arbitraje de inversiones genera preguntas sobre cómo conciliar los intereses económicos con la sostenibilidad ecológica. Con los desafíos ambientales en aumento, el rol del arbitraje de inversiones en responder o desatender estas inquietudes ha captado una mayor atención⁴.

II. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.

Desde que se intensificó el proceso de globalización económica, caracterizado por el incremento de la IDE, diversos sectores han señalado los efectos negativos que este proceso puede tener sobre el desarrollo sostenible, especialmente en países menos desarrollados⁵. Por esta razón, algunos Estados soberanos han intentado incorporar la protección ambiental mediante las llamadas cláusulas medioambientales en sus acuerdos comerciales⁶. En el presente texto, se tratará exclusivamente lo referente a los Tratados o Acuerdos Bilaterales de Inversión (TBI/ABI), también conocidos como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)⁷.

Grosso modo, los TBI, son tratados internacionales entre dos Estados soberanos que incluyen cláusulas y medidas destinadas a proteger las inversiones de los ciudadanos de un Estado en el territorio del otro⁸. Los inversores cubiertos por

3 MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "La inserción de cláusulas laborales en los acuerdos bilaterales de inversiones ¿hacia una mayor efectividad de los derechos laborales fundamentales?", *Derecho transnacional del trabajo, derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 329-345.

4 DE LOS SANTOS, C. y GÓMEZ DABIC M.: "Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible: los conflictos en torno al medio ambiente van en aumento", recuperado de: Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible: los conflictos en torno al medio ambiente van en aumento | Garrigues (consultado el 10/02/2025)

5 Entendido como el que satisface las necesidades actuales de las personas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas, cada vez se afianza más, pues dicha noción está asociada al aumento de bienestar individual y colectivo. FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "La Necesaria Adaptación", cit., p. 89. Como pusiera de relieve JUSTE RUIZ, "la noción de desarrollo sostenible traduce una evolución marcada por el tránsito hacia la denominada economía ambiental, que constituye una nueva frontera del pensamiento económico de nuestros días". JUSTE RUIZ, J.: *Derecho internacional del medio ambiente*, MacGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 32. JUSTE RUIZ, J.: "El desarrollo sostenible y los derechos humanos", en *Protección internacional de derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005, pp. 319-346, recogido por *Ídem*.

6 Estas cláusulas pueden ser definidas como aquellas que a la firma de un acuerdo comercial o de inversión, un Estado se obliga a respetar estos derechos, pudiéndose imponer sanciones en caso de incumplimiento. MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "La inserción de cláusulas laborales", cit., pp. 329-330.

7 Si bien también existen varios Tratados de Libre comercio relativamente actuales, como el firmado entre Canadá y Colombia en 2008 (en vigor desde 2011), recuperado de: Canadá | TLC (consultado en fecha de 10/03/2025); o el reciente Acuerdo de Libre comercio entre la UE y Nueva Zelanda de 2023 (en vigor desde 2024), recuperado de: EU-New Zealand: Text of the agreement (consultado en fecha de 10/03/2025), se incluyen cláusulas de protección del medio ambiente de forma específica.

8 RODRÍGUEZ, J. D. H.: "El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS", *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, núm. 11, 2005, pp. 49-65, en especial p.50. En los mismos se sientan condiciones básicas tanto para el tratamiento de las inversiones como de sus inversores, por lo que los Estados firmantes no lo pueden modificar de forma unilateral, ya que de otra forma se incurriría en una responsabilidad internacional. MARTÍNEZ COLL, J.C., GRANATO, L. (ed.): *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, 2010, p. 9. Las previsiones contenidas en los Tratados son de diversa índole (normas de tratamiento y de protección, disposiciones en materia de pago o compensación por daños, los mecanismos

estos tratados gozan de una serie de derechos que pueden hacer valer directamente frente al Estado en el que han invertido⁹. Generalmente, los TBI contemplan el recurso al arbitraje como medio para resolver cualquier conflicto entre las partes (arbitraje internacional de inversiones)¹⁰, debido a que el entramado cada vez más complejo de las relaciones jurídicas nos muestra cómo la resolución de conflictos a través de la justicia tradicional es cada vez más difícil¹¹. El objetivo de los TBI es crear un entorno seguro y adecuado para la inversión, reduciendo los riesgos que a menudo afectan al desarrollo de proyectos en el extranjero, y que es especialmente relevante para aquellos sectores donde se requieren grandes inversiones¹².

En numerosas ocasiones, los inversores han acudido al método del arbitraje para poder obtener amparo ante disputas frente a los Estados sobre cuestiones medioambientales, resultandos victoriosos. Ante esto, el papel que desempeña el arbitraje de inversiones está sufriendo un vuelco, en el sentido de que son los Estados los que ahora están empleando esta herramienta a través de las contrademandas (la reconvencción) para conseguir hacer responsables a las empresas inversoras por los daños que ocasionan al medio ambiente. Así, por ejemplo, en el Caso Perenco vs Ecuador, donde este 2023 Ecuador le ha tenido que pagar a la petrolera Perenco una indemnización, pero ha recuperado parte del dinero mediante una demanda de reconvencción por la cual la petrolera le debe pagar a Ecuador por los daños ambientales ocasionados¹³; o en el caso de Colombia contra la minera Drummond del año 2013, donde si bien el Estado tuvo que pagar una indemnización a la empresa, ésta también fue condenada por daños ambientales de explotación minera en Santa Marta.

Esta tendencia parece que se está consolidando con la cada vez mayor inclusión de aspectos ambientales en el ámbito del arbitraje de inversiones fomentando una mayor responsabilidad empresarial y alineando las inversiones con metas de sostenibilidad y protección del medio ambiente. En este aspecto,

de resolución extrajudicial de controversias...etc), si bien, el contenido se ha ido uniformizando debido al trabajo realizado por las instituciones internacionales y sus textos modelos. Ibidem, p. 13.

9 LATHAM & WATKINS.: "Arbitraje entre inversores extranjeros y Estados", *Guía del Arbitraje Internacional*, 2013, pp. 33-35.

10 También llamado "Arbitraje transnacional unilateral", o "arbitraje sin vínculo contractual". FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "El arbitraje internacional y sus dualidades", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Rosario, 2006, p. 33.

11 ESPLUGUES MOTA, C.: "Quo Vadis Arbitratio?", en BARONA VILAR, S. (coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 393-420, en especial pp.393-394. RODRÍGUEZ PLA, L.: *Arbitraje internacional de inversiones: las perspectivas de presente y futuro*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2022, pp. 1-79, en especial pp. 12-14. RODRÍGUEZ, J. D. H.: "El arbitraje internacional", cit., p. 50. LATHAM & WATKINS.: "Arbitraje entre inversores", cit., pp. 33-35.

12 LAUK, C.: "El arbitraje internacional y la conservación ecológica: Una pareja imposible", *Asociación para las Naciones Unidas en España*, 2024, recuperado de: ANUE | El Arbitraje Internacional Y La Conservación Ecológica: Una Pareja Improbable , p. 1 (consultado en fecha 27/01/2025). RODRÍGUEZ PLA, L.: *Arbitraje internacional*, cit., p. 14.

13 LAUK, C.: "El arbitraje internacional", cit., pp. 1-2.

se está fomentando la consecución del objetivo de desarrollo sostenible (en adelante ODS) nº10, promoviendo legislaciones, políticas y medidas que generen un equilibrio entre el progreso económico, la protección ambiental y el bienestar social, a largo plazo¹⁴; interconectándose por tanto con la cuestión conexas de la meta del ODS 16 (16.b), donde se deben promover y aplicar leyes que no discriminen ese desarrollo sostenible.

Esto también trae su consecuencia a raíz de la incorporación de cláusulas ambientales en los tratados de inversión, que se está convirtiendo en una estrategia común para conciliar los derechos de los inversores con las necesidades de conservación del medio ambiente por parte de los Estados¹⁵. Estas cláusulas facultan a los Estados para establecer y hacer cumplir normativas ambientales sin infringir los términos del tratado. Por ejemplo, varios tratados recientes han incluido disposiciones que permiten a los Estados adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la salud pública y el medio ambiente, siempre que dichas acciones no sean arbitrarias ni discriminatorias:

I. Tratado bilateral de inversiones entre India y Arabia Saudí de 13/02 febrero de 2024, en vigor desde el 31 de agosto de 2024¹⁶.

Las partes comienzan el preámbulo del texto reconociendo la importancia de la protección y promoción de las inversiones para el desarrollo sostenible. Esto parece indicar a simple vista que el medio ambiente queda relegado al marco general de la sostenibilidad, pero, si atendemos al art. 3, éste recoge el derecho de los Estados de establecer medidas de protección para el medio ambiente de forma particular. Además, se reitera la protección del medio ambiente a lo largo de otros artículos, como el artículo 6 destinado a la expropiación, no considerando que exista cuando se realicen medidas proteccionistas con el medio ambiente, siempre que tales medidas no sean discriminatorias ni arbitrarias. Finalmente, el texto recoge un artículo muy interesante, cual es el de la responsabilidad corporativa de las empresas (art. 13), el cual insta a las empresas a cumplir con los principios que los Estados parte han reconocido internacionalmente en relación con la responsabilidad corporativa de las empresas, sobre todo en relación con la protección del medio ambiente, los derechos humanos y los estándares laborales, así como las medidas anticorrupción.

¹⁴ *Ibidem*, 3.

¹⁵ LARSEN, S., KIRTLEY, W.: "Preocupaciones ambientales", cit.

¹⁶ Recuperado de: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/5119/india---united-arab-emirates-bit-2024-> (consultado en fecha de 30/01/2025). Este TBI es prácticamente idéntico al de Panamá- Colombia de 2013.

En relación con las medidas de solución de controversias, el acuerdo incluye un período de resolución ante la jurisdicción interna nacional, para después permitir acudir a las partes al arbitraje. Sin embargo, únicamente se podrán “judicializar” las controversias relacionadas con el capítulo II (a donde pertenece el art. 6 sobre expropiaciones). Las medidas relacionadas con el art. 3 y el art. 13 quedan exceptuadas de los mecanismos de solución de controversias, tal y como indica el art. 14.3 y 4. El resto de los conflictos que puedan surgir como incumplimiento contractual, deberán resolverse por el cauce que se haya recogido en el contrato entre el inversor y la otra parte. Por tanto, parece indicarse en el articulado que los conflictos que puedan surgir como responsabilidad empresarial por daños causados al medio ambiente, deberá sufragarse por los cauces normales contractuales o ampararse en categorías más amplias como la violación de DDHH y DDFI¹⁷. Con todo, parece que la intención de los Estados al no incluirlas, es de dotarlas de un mero carácter compromisorio¹⁸.

2. Acuerdo bilateral de inversión entre Japón y Bahrein de 23/06 de 2022, en vigor desde 6/09/ de 2023¹⁹.

Al igual que el tratado anterior, las partes comienzan el preámbulo reafirmando el reconocimiento de que el objetivo de las inversiones no se puede conseguir sin tener en cuenta las medidas medioambientales. Igualmente, la defensa del medio ambiente encuentra una protección detallada a lo largo del articulado del acuerdo. En particular, en lo referido al art. 18, donde el acuerdo no impide que una de las partes adopte medidas para proteger, por ejemplo, la vida humana, animal o vegetal, siempre que esas medidas no se conviertan en una excusa para discriminar o restringir a los inversores extranjeros de la otra parte. Básicamente, la Parte Contratante tiene derecho a tomar medidas necesarias (como regulaciones ambientales o de salud pública) siempre que lo haga de manera justa y no como una manera disfrazada de proteger su economía o discriminar a los inversores de la otra parte del acuerdo; o el art. 24, cual prohíbe relajar las normas ambientales para atraer inversiones.

En relación con las herramientas para resolver las controversias que puedan surgir entre las partes, el texto presenta en primer lugar el mecanismo de la diplomacia, y si esta falla en el plazo de 6 meses, se podrá interponer un arbitraje. Nada de lo dicho en el art. 15 y 16 parece exceptuar la inclusión de los conflictos medioambientales de tales mecanismos, por cuanto el art.16 párrafo primero,

17 Lo que en definitiva nos puede llevar a la celebración de un Convenio arbitral para la resolución de la controversia.

18 MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: “La inserción de cláusulas laborales”, cit., p.337.

19 Recuperado de:
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/5020/bahrain---japan-bit-2022-> (consultado en fecha 30/01/2025).

procede a definir que es una disputa de inversión, donde incluye cualquier incumplimiento de las obligaciones recogidas por el texto.

3. Tratado bilateral de inversión entre Cabo Verde-Hungría de 28 de marzo de 2019, en vigor desde el 2/05 de 2020²⁰.

Al igual que sus predecesores, el acuerdo comienza con un preámbulo donde las partes buscan garantizar que sus inversiones sean “coherentes”, es decir, sean compatibles, o se alineen con los principios que en dichas líneas preambulares se recogen, entre otras, el medio ambiente, los derechos humanos o la responsabilidad corporativa de las empresas (que sin embargo, esta última queda fuera de la regulación del articulado, queda más como un “deseo”, que como “compromiso”, expresión menos rigurosa para el fin pretendido²¹). Así mismo, tal garantía a la protección medioambiental queda recogida a lo largo del articulado del texto. En primer lugar, en el propio art. 2 establece el compromiso entre dos partes para no fomentar la inversión a costa de debilitar leyes importantes, entre otras, las de medio ambiente. El objetivo es evitar que una Parte Contratante cambie sus leyes para hacerlas más flexibles o permisivas solo para atraer inversores, o, dicho de otra forma, busca evitar una “carrera hacia abajo” en la que las partes compitan por atraer inversiones ofreciendo condiciones que ponen en peligro el bienestar ambiental. A continuación, el siguiente artículo refuerza esa protección medioambiental permitiendo a las partes mantener el derecho a implementar regulaciones y políticas dentro de sus fronteras, siempre que estas sean necesarias para alcanzar objetivos legítimos de política pública, tales como, la protección del medio ambiente (por ejemplo, tomar medidas contra la contaminación o el cambio climático), incluso si eso afecta a los inversionistas o sus expectativas de ganancias. No se trata de incumplir el acuerdo, sino de ejercer la soberanía para proteger el bienestar común. Finalmente, la protección medioambiental se fortifica en el art.6. El texto establece que, si un gobierno adopta medidas no discriminatorias, legítimas y proporcionadas por razones de interés público, como proteger la salud, la seguridad o el medio ambiente, y lo hace de buena fe y sin arbitrariedad, esas medidas no se considerarán “expropiación indirecta”²². Esto significa que, aunque

20 Recuperado de:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/4916/cabo-verde---hungary-bit-2019-> (consultado en fecha 31/01/2025)

21 BOIE, B.: “Labour related provisions in international investment agreements”, *employment working paper*, núm. 126, 2012, p. 12, recogido por MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: “La inserción de cláusulas laborales”, cit., p. 332.

22 La expropiación indirecta ocurre cuando un gobierno, sin tomar formalmente la propiedad de un bien, impone regulaciones o restricciones que afectan gravemente la capacidad de un inversionista de utilizar o beneficiarse de su inversión. Aunque el inversionista sigue siendo el propietario legal, los efectos de la medida pueden ser tan perjudiciales que es como si el gobierno hubiera “expropiado” la inversión. Si un gobierno adopta una medida que afecta a una inversión, pero cumple con estos criterios, entonces no se considera expropiación indirecta. Por ejemplo, si un gobierno introduce una regulación ambiental para reducir la contaminación, y esa ley afecta a una empresa, pero la medida es justificada, no discriminatoria y proporcional, no se puede reclamar expropiación indirecta. El objetivo es que los gobiernos puedan tomar medidas legítimas para el bienestar de su población y el medio ambiente sin ser acusados de expropiar las

las medidas puedan afectar a una inversión, no se considerará que el gobierno está quitando o expropiando esa inversión, siempre que las acciones sean justificadas y razonables²³.

Respecto de la solución de posibles controversias relacionadas con el medio ambiente, el texto prevé el mecanismo alternativo de la negociación como paso previo a los tribunales o el arbitraje (indistintamente). Establece un plazo previo de 6 meses para el proceso de negociación. Del articulado del Acuerdo parece desprenderse que no hay ninguna excepción en cuanto a que el medio ambiente quede excluida de cualquiera de estos mecanismos.

4. Tratado Angola- Brasil del 1 de abril de 2015, en vigor desde el 28 de julio de 2017²⁴.

Si bien el texto se titula “acuerdo para la cooperación y facilitación de inversiones” (ACFI), la UNCTAD (UNICTRAL) lo clasifica como un acuerdo bilateral de inversión, por lo que lo incluiremos dentro de esta categoría, además de que nos servirá como prefacio a lo que más tarde haremos referencia del Acuerdo de Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo (FID por sus siglas en inglés).

Brasil no era parte de los tratados bilaterales. Los problemas percibidos en el modelo tradicional de acuerdos llevaron a este Estado a no seguir la lógica de simplemente crear condiciones extraordinarias para los inversores extranjeros a través de un enfoque adverso. Finalmente, Brasil decidió desarrollar el modelo de ACFI para redefinir, de forma más equilibrada, lo que se espera de un acuerdo de inversión. El modelo de ACFI fomenta un enfoque cooperativo, enfocándose

inversiones, siempre y cuando esas medidas sean razonables y justas. BOHOSLAVSKY, J.P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2010, p. 15.

- 23 Existe la opinión generalizada de que, las medidas regulatorias no discriminatorias del país receptor, concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de interés social, como el medio ambiente (entre otros como la salud o la seguridad), no constituyen una expropiación indirecta. Así pasó en el caso *Eco oro vs. Colombia*. Si bien el TLC Colombia-Canadá de 2008, contiene una definición restrictiva de expropiación indirecta, que no atiende exclusivamente al impacto económico de la medida en el inversionista, sino también a las finalidades de la medida (doctrina de los poderes de policía), al verificarse un objetivo legítimo y no discriminatorio (protección del medio ambiente), no se declaró culpable a Colombia. Sin embargo, en este caso, el tribunal encontró una violación del estándar de trato justo y equitativo, por virtud del cual el inversionista tiene derecho a una reparación integral de los perjuicios derivados de la violación del tratado, lo cual lo pone en una situación no muy distinta a la que habría resultado si el tribunal accedía al reclamo de expropiación indirecta. MIGUEL ÁLVAREZ, J. y MARCELA ARAUJO, D.: “Eco Oro v. Colombia. ¿Una victoria para Colombia?”, *Blog de derecho de los negocios*, 2021, recuperado de: <https://dernegocios.ueh.edu.co/eco-oro-v-colombia-una-victoria-para-colombia/> (consultado en fecha 31/01/2025).
- 24 Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download>

en la facilitación de las inversiones y la prevención de controversias para crear un ambiente más productivo de negocios²⁵.

Si bien el éxito del modelo de ACFI en términos de generar más inversiones y menos controversias todavía no puede ser probado, el nuevo marco institucional -establecido a partir del ACFI- ya ha mejorado, e incluso parece que ha servido como modelo para el FID del que más tarde hablaremos²⁶.

En cuanto a las cláusulas de protección del medio ambiente, el preámbulo del Acuerdo comienza hablando del reconocimiento por las partes de que las inversiones juegan un papel esencial en la promoción de la sostenibilidad y el desarrollo humano. De forma más particular, nos interesa lo establecido por el art. 10 donde se recoge la responsabilidad social corporativa, es decir, cómo las empresas deben actuar de manera ética y contribuir positivamente a la sociedad. En este artículo se promueve que los inversores deben ayudar a que el país o región anfitriona crezca de manera sostenible, es decir, equilibrando el progreso económico, la protección ambiental y el bienestar social, a largo plazo. Para ello deben seguir ciertas pautas o estándares establecidos en un anexo del acuerdo (en este caso, el Anexo II), donde se detalla más en profundidad todo lo relacionado con el medio ambiente.

En cuanto a la forma de resolución de los posibles conflictos, este tipo de acuerdos se caracteriza por la inclusión de los llamados puntos focales, que recuerdan a los puntos nacionales de contacto, como herramientas extrajudiciales de acceso a la justicia al actuar como una especie de mediación, al facilitar la negociación y consultas. Al no establecer ninguna exclusión de las medidas que pueden ser objeto de estos mecanismos, se interpreta que las cuestiones relacionadas con el medio ambiente tienen cabida dentro de estas herramientas. Si los puntos focales fallasen, se podrá acudir al arbitraje.

5. Tratado México-Brasil de 26 de mayo de 2015 en vigor desde 7 de octubre de 2018²⁷.

Este tratado sigue las mismas líneas que el anterior firmado por Brasil. Comienza su preámbulo reconociendo la necesidad de promover y proteger las inversiones por su papel destacado dentro del desarrollo sostenible. Pero de

25 MARTINS, J. H. V.: *Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y últimos avances*, junio 2017, recuperado de https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/#_ednref5

26 Ídem.

27 Disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=HyhCeKoVXreNENmIWqWmGXmafUBdqngB3vxgwkhBuqzkMa5jEyj3C9mL77IX1bA16N/jBH+DYL+SRSmlyKQQE==> (consultado en fecha 31/01/2025).

forma particular; la protección al medio ambiente llega bajo el paraguas de la responsabilidad social corporativa. Aquí, a diferencia del anterior, no se recoge un anexo donde se detallan las medidas en relación con la protección del medio ambiente, sino que el propio artículo, enumera en el art. 13 una serie de principios y normas que las partes deben cumplir.

En cuanto a la forma de dirimir los conflictos en relación con la materia medioambiental, se establece la creación de un comité conjunto, destinado entre otras cosas a resolver de forma amistosa las controversias que puedan surgir (art. 14.4 letra e). A su vez, al igual que el acuerdo anterior, se establecen unos puntos focales nacionales, que deberán informar de sus acciones al comité conjunto, en el momento que tenga que intervenir. Y el art. 18 establece que ambas herramientas trabajarán conjuntamente cuanto tengan que resolver alguna controversia. Sin embargo, las partes podrán acudir al arbitraje si el primero de los mecanismos fallase. En cuanto a las materias susceptibles de ambas herramientas, como el texto no presenta ninguna excepción, entendemos que las controversias surgidas en materia ambiental podrán ser objeto de resolución por ambos mecanismos.

Si bien esta es una pequeña muestra de los casi 3000 tratados bilaterales de inversión existentes actualmente, parece que la tendencia en los últimos años es la de ir incluyendo dentro del articulado de los textos, cláusulas específicas relacionadas con la protección del medio ambiente, ya no tanto dentro del paraguas de la sostenibilidad, sino de una forma particular; y también haciendo cada vez más partícipe la cuestión de la vinculación de la responsabilidad corporativa de las empresas en las cuestiones medioambientales^{28 29}.

28 También es de destacar el tratado entre Costa Rica y Corea en 2018, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/835/download> ; o el tratado entre Colombia con Emiratos Árabes Unidos en 2017, disponible en: <https://www.tlc.gov.co/getattachment/Acuerdos/A-internacional-de-inversion/Contenido/Acuerdos-Internacionales-de-Inversion-Suscritos-I/Emiratos-Arabes-Unidos/APPRI-COL-EAU-12-11-17.pdf.aspx?lang=es-CO> (consultado ambos en fecha de 31/01/2025).

29 Ya el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, publicó en 2005 el Modelo de Acuerdo Internacional sobre inversión para el Desarrollo Sostenible, donde se resalta la importancia de la inversión alineada con el desarrollo sostenible, priorizando la protección ambiental. IISD.: *Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, 2005. Disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf (consultado en fecha 3/03/2025). El artículo 21 establece estándares mínimos de protección, comprometiéndose a cada país a mantener y mejorar las leyes ambientales, laborales y de derechos humanos sin renunciar a ellas para estimular la inversión. En conjunto, el modelo enfatiza que la protección ambiental debe ser un pilar central para la inversión sostenible. Su adopción en otros acuerdos como los TBI ha tenido su cierto impacto, pues desde su adopción, algunos textos sí han incluido cláusulas medioambientales en su articulado, por ejemplo, los traído a colación en las páginas anteriores. MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "La inserción de cláusulas laborales", cit., pp. 334-335. FACH GÓMEZ, K.: "Construyendo un nuevo Derecho internacional de las inversiones: las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible", *REEI*, núm. 18, 2009. MANN, H., VON MOLTKE, K., ERIC PETERSON, L., COSBEY, A.: *Acuerdo internacional. Modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible. Guía para negociadores*, International Institute for Sustainable Development, Canadá, abril de 2005, recuperado de: https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook_es.pdf , pp. 40 y ss (consultado en fecha 31/01/2025). Respecto de la UNCITRAL en 2015 publicó su Marco revisado de Política de Inversión para el Desarrollo Sostenible de 2012, donde se integran varias opciones planteadas por el

III. CÓMO AFECTAN LAS CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES AL ARBITRAJE DE INVERSIONES.

Ya hemos mencionado que el arbitraje de inversiones ha sido una herramienta clave para que los inversores defiendan sus derechos frente a acciones desfavorables de los Estados. Las controversias ambientales son una cuestión que con cierta frecuencia aparece en el arbitraje de inversión y es previsible que aumenten con el tiempo (países como México o Honduras o Guatemala son un ejemplo de Estados donde se están intensificando este pasado 2023 y 2024 el coto a las empresas por razones medioambientales, con el consecuente proceso arbitral por parte de los inversores³⁰). A través de este mecanismo, los inversionistas pueden reclamar protección de sus derechos cuando los Estados receptores adoptan medidas que afectan negativamente sus inversiones. Entre los conflictos comunes en este ámbito se encuentran las demandas de inversionistas que han sufrido pérdidas, ven disminuido el valor de su inversión o ven cancelados sus proyectos debido a la denegación o el retraso en la obtención de permisos y licencias ambientales esenciales. También surgen conflictos por cambios legislativos o en políticas gubernamentales, por la cancelación de proyectos por motivos políticos o por el incumplimiento de obligaciones en derechos humanos, como el derecho al agua, o en protección de comunidades locales e indígenas. Del lado de los Estados, se han producido demandas de reconvencción alegando que el inversor también tiene obligaciones ambientales, cuyo incumplimiento puede acarrearle responsabilidad. En algunas contrademandas, ciertos tribunales han sostenido que la vulneración de derechos como el acceso al agua o la falta de consulta a comunidades indígenas afectadas por un proyecto pueden constituir obligaciones positivas cuya falta de cumplimiento puede acarrear responsabilidad al inversor³¹.

Las reclamaciones ambientales en este contexto son variadas y muchas de ellas ya han sido mencionadas en los tratados bilaterales de las páginas anteriores. Van desde el incumplimiento de la obligación del Estado de garantizar un trato justo y equitativo (en adelante TJE) a los inversores extranjeros, hasta la búsqueda

órgano para la formulación de acuerdos internacionales de inversiones, (denominado Modelo de ABI de UNCTAD). UNCTAD: *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2012. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf. (consultado en fecha de 1/01/2025). UNCTAD: *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf. (consultado en fecha de 1/01/2025). Entre otras medidas, se propone atraer inversiones extranjeras que fomenten el desarrollo sostenible, alineándose con los ODS 2030 (quizás porque fueron aprobados en la misma fecha en que se revisó Modelo de la UNCTAD). Sin embargo, no propone ninguna novedad que no se hayan ido insertando en los TBI desde el 2015. MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "La inserción de cláusulas laborales", cit., pp. 334-335.

30 BOLAÑOS, R. M.: "Mayaniquel reclama US\$100 millones al Estado de Guatemala en el inicio del proceso para arbitraje", *Prensa Libre*, octubre de 2024, recuperado de: <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/guatemala-mayaniquel-sa-ha-iniciado-un-proceso-de-arbitraje-internacional-contr-a-el-estado-por-la-falta-de-aprobaci%C3%B3n-de-sus-credenciales-de-exportaci%C3%B3n/> (consultado en fecha de 01/02/2025).

31 LAUK, C.: "El arbitraje internacional", cit., p. 2. DE LOS SANTOS, C., y GÓMEZ DABIC, M.: "Arbitraje de inversión", cit.

de protección frente a interferencias, expropiaciones, nacionalizaciones u otras medidas discriminatorias³². En cuanto al TJE, la jurisprudencia arbitral sostiene que el Estado debe actuar con coherencia y total transparencia, de modo que el inversor pueda conocer todas las normativas y objetivos pertinentes antes de invertir. Los inversionistas pueden argumentar que el Estado no ha cumplido con su deber de proteger sus expectativas legítimas y razonables, como cuando la información sobre los impactos ambientales de la inversión no es clara o transparente. Si el inversor prueba que la denegación de permisos fue arbitraria o careció de coherencia, la demanda podría prosperar. Asimismo, algunos inversionistas recurren al arbitraje alegando obstrucción cuando el Estado no hace “su mejor esfuerzo” para colaborar en la obtención de permisos ambientales, aunque este tipo de obligaciones de “mejor esfuerzo” suele ser difícil de exigir, ya que se consideran obligaciones de medios y no de resultados³³. En relación con la expropiación indebida, cuando se trata de reclamaciones de expropiación en el contexto de permisos ambientales, prevalece la opinión de que las medidas regulatorias no discriminatorias, implementadas para proteger intereses legítimos como la salud pública, la seguridad o el medio ambiente, generalmente no

32 RODRÍGUEZ, J. D. H.: “El arbitraje internacional”, cit., p. 50. LATHAM & WATKINS.: “Arbitraje entre inversores”, cit., pp. 33 y ss. Muchos laudos han determinado que la prohibición de discriminación y el estándar del tratamiento justo y equitativo son principios que se pueden confundir y superponer fácilmente (MTD Equity y MTD Chile contra Chile, entre otros), y, de hecho, hay muchos TBIs que los contemplan de manera separada, como los recogidos en el presente trabajo. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Laudo del 25 de mayo del 2004. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/717>. En relación con la cláusula discriminatoria, el aspecto que más controversia genera es priorizar entre el elemento objetivo o subjetivo del término. Es decir, cuál de los elementos se debe considerar a la hora de valorar la violación de dicha cláusula. Del lado del elemento objetivo, hablamos de definir con qué situación o con quiénes otros terceros se debe comparar el trato dispensado a los inversores extranjeros; mientras que el subjetivo, hablamos de la intencionalidad expresa de discriminar o afectar negativamente al inversor. la jurisprudencia arbitral mayoritaria defiende el enfoque objetivo consistente en relegar la intencionalidad de discriminar a un mero papel secundario. Ejemplo de este enfoque lo encontramos en el asunto Siemens contra Argentina, en el que el tribunal defendió que, para comprobar la discriminación o arbitrariedad de la medida, lo relevante no sería la intención de las autoridades, sino el impacto de la medida tomada sobre la inversión. Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Laudo del 17 de enero del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 24 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/1026>. En el asunto LG&E Energy, LG&E Capital y LG&E International contra Argentina, los árbitros también sentenciaron que una medida puede ser calificada como discriminatoria si la intención fue, efectivamente ese, pero que más importante aún que la intención era el efecto discriminatorio producido. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Laudo del 25 de julio del 2007. Itlaw. [Fecha de consulta: 23 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.itlaw.com/cases/621>. LASCU, G. S. I.: *El arbitraje internacional de inversiones: panorama presente y perspectivas de futuro*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2019, pp. 87-88.

33 DE BRABANDERE, E., □ GAZZINI T.: “Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests”, *Nijhoff International Investment Law Series*, vol. 2, 2014, p. 183, recogido por DE LOS SANTOS, C. y GÓMEZ DABIC, M.: “Arbitraje de inversión”, cit. Su reconocimiento sigue siendo muy variado e inconsistente, y se ha llegado a criticar que, en realidad, funciona como un recurso general donde se incluyen todas las carencias y omisiones de otros estándares de protección. Esto se debe, a que su valoración puede estar influida por diversas deficiencias en el trato proporcionado por las autoridades del Estado receptor a las inversiones. Se trata de un estándar absoluto que opera de manera independiente al estándar de trato nacional, ya que el principio de trato justo y equitativo puede considerarse vulnerado incluso cuando los inversores extranjeros reciben un trato igual o similar al de los inversores nacionales en el país anfitrión. De hecho, algunos expertos en arbitraje internacional de inversiones, y en foros o acuerdos como el NAFTA, han llegado a afirmar que este principio de protección no es más que una manifestación de los estándares mínimos establecidos por el derecho y la práctica internacionales. BOHOSLAVSKY, J. P.: *Tratados de protección*, cit., pp. 41-44.

constituyen expropiación indirecta. Estas regulaciones son vistas como parte de las facultades soberanas del Estado para proteger el bienestar general, aunque aún pueden originar controversias si se percibe que se aplican de manera arbitraria o sin la debida transparencia³⁴.

De los cerca de 1400 casos sometidos a arbitraje de inversiones, a fecha de redacción de este texto, la web de UNCITRAL tenía registrados 273 casos en los que se había producido alguna reclamación bajo el paraguas de algunas de las cláusulas mencionadas en los párrafos anteriores (es decir, TJE, expropiación o medidas arbitrarias y discriminatorias) y hacían referencia a empresas dedicadas o vinculadas con actividades que tienen repercusión en el medio ambiente. De los casos encontrados, 191 hacían referencia a un tratamiento justo y efectivo; 122 incluían también la medida de la expropiación directa e indirecta, y 45 hacían referencia al incumplimiento de los tratados aplicando medidas arbitrarias y discriminatorias. En el marco de los tratados que hemos traído a colación, aún no se han producido ningún conflicto que precise de los mecanismos de solución de conflictos en el marco del arbitraje de inversiones, quizás por su actualidad temporal.

De esta forma y a modo ejemplificativo, podemos resaltar algún caso relativamente reciente, como:

- Obras de Dragado Decloedt en Zoon NV v. República de Filipinas, caso CIADI No.ARB/11/27, de 23 de enero de 2017, donde un inversionista demandó a Filipinas por haber rescindido de forma unilateral un contrato de dragado para reducir las inundaciones y mejorar las condiciones ecológicas de la zona.

- Reserva de Oro Inc. V. República Bolivariana de Venezuela, caso CIADI No. BRA(DE)/09/1, de 22 de septiembre de 2014, donde un inversionista presentó varias demandas contra Venezuela por declarar nulo un permiso minero por su afectación a una reserva forestal³⁵.

- Infinito Gold Ltd. contra la República de Costa Rica, de 14 de julio de 2024, caso CIADI n.º ARB/14/5. Este es un caso relevante, pues si bien el inversionista presentó una reclamación por el cierre de una mina a cielo abierto que explotaba,

34 DE LOS SANTOS, C. y GÓMEZ DABIC, M.: "Arbitraje de inversión", cit. Por ello que en los TBIs o APPRIs y otros acuerdos comerciales, de forma general, se establecen las causas, condiciones y consecuencias de la expropiación. Por lo general, las disposiciones presentes en la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) establecen que esta acción estatal debe justificarse exclusivamente por razones de interés público, sin incurrir en discriminación ni arbitrariedad. Asimismo, se garantiza al inversionista el derecho al debido proceso, con todas las garantías, oportunidades de apelación y recursos legales correspondientes. Además, cualquier expropiación debe ir acompañada de una indemnización que sea rápida (sin demoras injustificadas), adecuada (de acuerdo con el valor de mercado) y efectiva indemnización (pagada en una moneda convertible). BOHOSLAVSKY, J. P.: *Tratados de protección*, cit., p. 36.

35 LARSEN, S., KIRTLEY, W.: "Preocupaciones ambientales", cit.

amparándose en un trato justo y equitativo y que el gobierno había hecho una expropiación indirecta, el CIADI decidió resolver en favor del Estado de Costa Rica, que había decidido anular los permisos, y estaba justificada y fundamentada en la protección del medio ambiente y en el derecho soberano del país de establecer y modificar sus políticas ambientales y de recursos naturales. La empresa no había cumplido plenamente con la normativa ambiental del país, lo que justificaba la anulación de los permisos. Si bien la materia de medio ambiente no viene regulada como tal en el TBI, se protegen las medidas bajo el interés público.

- Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/18/13), si bien se basa en un tratado de libre comercio, aquí el Estado ganó la controversia en el CIADI, reconoce que el Estado tiene legítimo derecho a prohibir la minería en ecosistemas de páramo pues es su potestad de regular un bien de interés general, en este caso, la protección del medioambiente, frente a la demanda del inversor que reclamaba expropiación y violaciones de los estándares mínimos de trato³⁶.

A la hora de sopesar los derechos de las dos partes, no existe tanto problema cuando las cláusulas medioambientales no estén excluidas de los mecanismos de resolución de conflictos. En esos casos, los jueces deberán ponderar y tomar en consideración las medidas y los principios y normas en las que se basan los artículos protectores del medio ambiente³⁷. Algo más de complicación se produce, cuando del articulado se excluyen de forma expresa las medidas de protección del medio ambiente de las cláusulas de resolución de conflictos (y lo que sucede en muchos casos, sobre todo cuando se trata de TBI antiguos). En estos casos se podrá buscar protección bajo un paraguas más amplio como son las medidas de protección de interés público (como en el caso de Costa Rica), o la protección de los DDHH, como ya ha ocurrido por ejemplo en el caso de Philip Morris vs. Uruguay, CIADI No. ARB/10/7, concluido en 2016³⁸, o Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República de Argentina, ICSID Case No. ARB/07/26, de 13 de junio de 2023.

36 Otro caso interesante es el de Eco Oro vs. Colombia, también contra Canadá. Sin embargo en este caso, El Tribunal sostuvo que evitar la actividad minera en los páramos es una medida legítima para la protección del medio ambiente y que aunque la conducta de Colombia respecto de la protección de los páramos fue entendida como una medida de buena fe, no-discriminatoria y apta para proteger el medio ambiente, Colombia deberá compensar a Eco Oro por violar el estándar mínimo de trato...Así, el caso de Eco Oro vs. Colombia mostró que la vía de las excepciones no es particularmente prometedora para los Estados receptores de inversión. MIGUEL ÁLVAREZ, J. y MARCELA ARAUJO, D.: "Eco Oro v. Colombia", cit.

37 LARSEN, S., KIRTLEY, W.: "Preocupaciones ambientales", cit.

38 El tribunal arbitral en este caso destacó las obligaciones de Uruguay bajo el TBI (los derechos de los inversionistas) y el derecho a la salud de su población en virtud de normas externas (otros acuerdos internacionales). Con una votación mayoritaria, el tribunal concluyó que Uruguay no había violado sus obligaciones internacionales bajo el TBI. Este caso representa un punto de inflexión en el arbitraje de inversiones en América Latina, en cuanto a la disposición del arbitraje de inversiones para abordar las obligaciones de derechos humanos en el contexto de las demandas de inversión. Al hacerlo, refleja la madurez alcanzada por el arbitraje de inversiones.

IV. EL RETO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS).

Incorporar la máxima del desarrollo sostenible en determinados regímenes internacionales como el Derecho Comercial Internacional requiere una transformación profunda en la economía y en las estructuras productivas, que solo se logrará a través de inversiones en nuevas formas de producción de energía, transporte, manufactura y extracción de recursos³⁹. En este contexto para los TBI, el concepto de desarrollo sostenible cobra relevancia. Estos instrumentos pueden demostrar cómo pueden contribuir a mitigar los impactos del cambio climático, promoviendo un entorno favorable para inversiones que apoyen la sostenibilidad. Además, en aquellos casos en que las partes consideren que se está produciendo una violación de las medidas incluidas en dichos acuerdos, pueden optar por el arbitraje de inversiones para resolver sus diferencias. Es cierto que el uso creciente del arbitraje de inversiones para proteger el medio ambiente se alinea estrechamente con los ODS de las Naciones Unidas. En particular, ya hemos mencionado en las páginas anteriores, los ODS 10 (promoviendo legislaciones, políticas y medidas que generen un equilibrio entre el progreso económico, la protección ambiental y el bienestar social, a largo plazo), y ODS 16 (16.b) (donde se deben promover y aplicar leyes que no discriminen ese desarrollo sostenible), que, junto con el ODS 13 (Acción por el Clima) y el ODS 15 (Vida de Ecosistemas Terrestres) encuentran apoyo en la capacidad de los Estados para responsabilizar a los inversores por daños ambientales. Al integrar estas consideraciones en el arbitraje de inversiones, se promueve un desarrollo económico que respeta y protege los recursos naturales del planeta⁴⁰.

V. REFLEXIONES FINALES Y CUESTIONES A RESOLVER EN UN FUTURO PRÓXIMO.

Con todo, dicho mecanismo de solución de controversias puede generar alguna carencia, sobre todo cuando las cláusulas de protección medioambientales quedan excluidas de los mecanismos de solución de controversias (arbitraje). En estas condiciones, podemos plantear alguna cuestión solutoria:

I. La mediación.

El arbitraje puede resultar menos flexible de lo que las partes anticipaban al optar por él como método para resolver disputas internacionales. Para evitar que una controversia surja o se agrave, sería útil implementar medidas previas

39 BERNASCONI-OSTERWALDER, N., COSBEY, A., VIS-DUNBAR, D., JOHNSON, L.: "Investment Treaties and why they matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *International Institute for Sustainable Development*, 2011, p.1, recuperado de: www.iisd.org, (consultado en fecha de 28/01/2025), recogido por DE LOS SANTOS, C., y GÓMEZ DABIC M.: "Arbitraje de inversión", cit.

40 LAUK C.: "El arbitraje internacional", cit., p. 3.

al conflicto, como mecanismos que fomenten el acuerdo entre las partes antes de llegar al arbitraje. Una solución podría ser la instauración de un proceso de mediación interna que ofrezca la posibilidad de alcanzar un acuerdo anticipado. Esto debería quedar reflejado en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) como una opción preliminar disponible para las partes. Sin embargo, puede surgir la cuestión de si este proceso podría resultar contradictorio y reducir a un segundo plano la mediación en aquellos tratados en los que ya se establecen los procesos de consultas amistosas o consultas con expertos en la materia, o negociaciones. También puede surgir la duda de si estableciendo este proceso de mediación, lo que se está generando es un conglomerado de soluciones que, en lugar de centrar y resolver la controversia, la dispersa en el tiempo y espacio, al encontrar no un proceso (mediación), sino un conjunto de procesos (la mediación más las consultas amistosas, consultas de expertos...etc), muy similares entre sí⁴¹.

Actualmente, la cuestión de la mediación está en primer plano de los debates y podría desempeñar un papel relevante. Este método de resolución de conflictos presenta una alta efectividad y cumplimiento de los acuerdos, dado que es alcanzado por las mismas partes en lugar de ser impuesto por un tercero, como sucede en el arbitraje, lo que facilita un resultado beneficioso para ambas. Un sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE) que combine el arbitraje y la mediación proporciona un equilibrio adecuado entre flexibilidad, efectividad, confidencialidad y consenso⁴². Tradicionalmente, el arbitraje ha sido ampliamente utilizado en la SCIE debido a que permite la emisión de un laudo vinculante que enfatiza derechos y recursos legales bajo un enfoque procesal. En contraste, la mediación ofrece una perspectiva más allá del simple juicio sobre lo correcto o incorrecto, permitiendo recomendaciones futuras y creando oportunidades que van más allá de las reparaciones legales.

Ya en julio de 2016, la Conferencia de la Carta de la Energía adoptó una Guía de mediación en inversiones, cuyo propósito es alentar a los Estados e inversores a considerar la mediación en sus disputas. La Guía abarca aspectos como las reglas aplicables al proceso de mediación, la estructura del procedimiento y la exigibilidad de cualquier acuerdo resultante⁴³.

41 Otra propuesta, puede encontrarse en la articulación detallada del proceso de mediación; o, si este proceso puede encontrarse (debido a sus similitudes) hallado dentro dentro de las consultas amistosas, debería articularse de manera más precisa dichas consultas.

42 BERGER, K. P.: "Integration of Mediation Elements into Arbitration: 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators", *Arbitration International*, 19(3), 2003, pp.387-403, en especial p.387. <https://doi.org/10.1093/arbitration/19.3.387>. ANTEZANA ROCHA, C. A.: "La mediación como alternativa ante las controversias inversionista-Estado", *Revista Jurídica Derecho*, vol. 13 (20), 2024, pp. 109-132, en especial p. 126.

43 HIOUREAS, C. G.: "The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?", *Ecology Law Quarterly and Berkeley Journal of International Law*, vol. 46, 2019, pp. 62-63. RODRÍGUEZ PLA, L.: *Arbitraje internacional*, cit., p. 53.

Por su parte, el Instituto Internacional de Mediación (IMI) también ha creado un Grupo de Trabajo sobre Mediación Inversor-Estado para elaborar normas de competencia específicas para estos casos, proporcionando un modelo para los Estados que implementan un marco de gestión de conflictos con normas y guías revisadas sobre mediación⁴⁴.

Del lado de UNCITRAL, se ha impulsado la mediación como método alternativo para la resolución de disputas comerciales internacionales, a través de, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018). Este texto complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, que se abrió a la firma en Singapur el 7 de agosto de 2019. Y, aunque la Convención de Singapur aplica principalmente a asuntos comerciales, es posible que también se emplee en disputas entre inversores y Estados, en aquellos extremos que la controversia tenga un carácter comercial, como en temas de construcción o extracción de recursos (por ejemplo, las medidas incluidas en el TBI entre la India y Arabia Saudí ya mencionado)⁴⁵. Diversos autores sugieren que, si se fomenta la mediación y la Convención de Singapur en disputas entre inversores y Estados, las partes podrían aprovechar los períodos de reflexión establecidos en muchos tratados de inversión para optar por la mediación⁴⁶.

Desde 2020, tanto el Grupo de Trabajo II como el III comenzaron a explorar la mediación como alternativa o complemento al arbitraje en disputas entre inversores y Estados⁴⁷. En 2021, se aprobó el Reglamento de Mediación de UNCITRAL⁴⁸, el cual define el proceso de mediación, el nombramiento de mediadores, la confidencialidad del proceso y las incompatibilidades del mediador en otros procedimientos. Este reglamento proporciona un marco flexible y

44 ANTEZANA ROCHA, C. A.: "La mediación", cit., p. 119. KUN, F.: "Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey", *Journal of Dispute Resolution*, núm. 2, 2020, pp. 327-41, en especial p. 339.

45 SCHNABEL, T.: "The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 19, 2019, pp. 22-23.

46 HIOUREAS, C. G.: "The Singapore Convention", cit., p. 68.

47 Si bien el Grupo II se marcó como objetivo el aumento de la calidad y eficiencia del arbitraje, proponiendo crear un arbitraje acelerado, como forma de disminuir los costes del procedimiento y la duración de este en asuntos que no conlleven mucha complejidad. Se debate si se puede incluir el arbitraje acelerado dentro de los TBI como una alternativa al proceso convencional. Aun habiendo rechazado inicialmente este punto, desde el proyecto de arbitraje acelerado de 2020, se establecen ciertas disposiciones respecto con el arbitraje internacional de inversiones en relación con el Reglamento sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados de la UNICTRAL. ESPLUGUES MOTA, C.: "Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad", *Revista argentina de arbitraje*, 2020, p. 5. CHÉLIZ INGLÉS, M. C.: "Arbitraje de inversiones vs. Arbitraje comercial internacional: la brecha tras el caso Achmea y los recientes trabajos en el marco de la CNUDMI", *LA LEY, Mediación y Arbitraje*, núm. 5, 2021, p. 11.

48 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.: *Reglamento de Mediación de la CNUDMI*, 2021, Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_rules.pdf

procesal para evitar lagunas y adaptar el proceso a las necesidades de las partes. No obstante, si alguna disposición del reglamento o del acuerdo entre las partes resulta incompatible con la ley aplicable a la mediación, prevalecerán las disposiciones legales⁴⁹. Igualmente, a lo largo del proyecto en ningún momento se especifica claramente cuál es su ámbito de aplicación. En su art. I sólo se establece que este se aplicará en “controversias contractuales y no contractuales”. Para poder averiguar si los conflictos entre inversores y Estados están incluidos en el ámbito de actuación del Reglamento, hay que acudir al proyecto del texto de las sesiones de trabajo de 2020 (6 al 17 de julio) en las que se dispone en el comentario del art. I que “la mediación prevista en el Reglamento puede basarse en un acuerdo concluido entre las partes, u originarse en un instrumento internacional como un tratado de inversión, una resolución judicial o una disposición legal imperativa, siempre que las partes acuerden en aplicar el Reglamento de Mediación de la CNUDMI”.

El Grupo de Trabajo III emitió en 2023 las Directrices de la CNUDMI sobre Mediación de Controversias Internacionales de Inversión⁵⁰, un conjunto de guías no vinculantes que sugieren, entre otros puntos, la posibilidad de que las partes realicen un proceso de mediación previo al arbitraje, especialmente en casos donde los intereses en juego son de carácter público. Entre las normas de mediación que se podrían usar por las partes, se recoge el Reglamento de Mediación aprobado en 2021 por la misma organización.

Finalmente, en el ámbito de las reformas de las normas del CIADI, en 2022 se introdujeron por primera vez reglas de mediación⁵¹, compuestas por 22 disposiciones que definen el papel del mediador como facilitador para que las partes lleguen a un acuerdo mutuamente aceptable. Estas reglas permiten que las partes se retiren de la mediación en cualquier momento y se beneficien de la estructura de la Convención de Singapur para la ejecución de los acuerdos alcanzados⁵².

La mediación se está consolidando como un mecanismo acordado entre las partes, cuyo carácter confidencial y voluntario evita la exposición pública

49 Tal y como indican las directrices de 2023 del grupo III de trabajo de la UNICTRAL. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.: *Directrices de la CNUDMI sobre Mediación en Controversias Internacionales relativas a Inversiones*, 2023, Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guidelines_s.pdf, p. 3. Igualmente ver Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. I, párr. 5; Reglas de Mediación del CIADI, Regla 3, párr. 3; Reglas de la IBA, art. I, párr. 3.

50 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.: *Directrices de la CNUDMI sobre Mediación en Controversias Internacionales relativas a Inversiones*, 2023, Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guidelines_s.pdf

51 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.: *Reglas de Mediación del CIADI*, 2022, recuperado de <https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/mediacion/reglas-de-mediacion-del-ciadi/nota-introductoria>

52 KUN, F.: “Mediation of Investor-State Disputes”, cit., pp. 339-340.

de controversias, lo cual resulta ventajoso para ambas partes. El TBI entre India y Emiratos Árabes ya mencionado incluyen ya la mediación como mecanismo alternativo al arbitraje.

2. Acuerdos multilaterales de inversión/acuerdos de facilitación de la inversión/acuerdos de cooperación y facilitación de la inversión.

A) Acuerdos Multilaterales de Inversión (AMI)⁵³.

Aunque actualmente los Estados no demuestran gran interés por iniciar negociaciones, sería conveniente reconsiderar un AMI vinculante, con un amplio alcance material que incluya, entre otras disposiciones, la protección ambiental. Esta idea no es nueva; ya en 2013 la UNCTAD/UNICTRAL señaló la necesidad de un acuerdo multilateral e identificó objetivos clave para un posible AMI de este tipo⁵⁴. Originalmente propuesto en la década de 1990 dentro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el AMI fracasó debido a problemas como la falta de idoneidad del foro para negociar, conflictos con normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), su enfoque altamente liberalizador y la exclusión de países en desarrollo en el proceso⁵⁵. En cuanto a la inclusión de temas ambientales en un futuro AMI, los Estados acordaron la necesidad de integrarlos, considerando la importancia de evitar la reducción de estándares para atraer inversiones extranjeras⁵⁶. Las propuestas variaron, desde disposiciones preambulares hasta capítulos independientes sobre estos temas. Tras analizar el tema propuesto, parece razonable retomar la idea de un acuerdo multilateral con lenguaje que aborde el desarrollo sostenible y los derechos laborales⁵⁷. Este acuerdo podría incluir un mecanismo de solución de controversias específico para ciertos estándares, como los medioambientales, permitiendo sanciones económicas en caso de incumplimiento (el Grupo III de la UNICTRAL acaba de presentar un proyecto de estatuto de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales relativas a inversiones⁵⁸, donde se

53 MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "La inserción de cláusulas laborales", cit., pp. 338-340.

54 UNCTAD: *Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD's Fresh Approach to Multilateral Investment Policy-Making*, 2013, p. 8. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d6_en.pdf

55 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 391. RODRÍGUEZ, J. D. H.: "El arbitraje internacional", cit., p. 49. JIJÓN CALDERÓN, M. S.: "¿El Acuerdo Multilateral de Inversiones: intento fallido o agenda en marcha?", *Boletín ICCI-ARY Rimay*, núm. 69, 2004.

56 HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: "La Regulación de los Movimientos Internacionales de Capital y de las Inversiones Extranjeras", en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., y ROLDÁN BARBERO, J. (dirs.): *Derecho Internacional Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 297-359, en especial p. 322.

57 CRESPO HERNÁNDEZ, A.: *El Acuerdo Multilateral de Inversiones, ¿Crisis de un Modelo de Globalización?*, Eurolex, Madrid, 2000, p. 101. MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "La inserción de cláusulas laborales", cit., p.340.

58 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2024). *Proyecto de estatuto de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales relativas a inversiones*. Recuperado de <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/008/81/pdf/v2400881.pdf>

permite aconsejar el uso de la mediación y destinado a todo tipo de controversias en materia de inversión)⁵⁹. No obstante, un AMI con estas características debería superar desafíos importantes, como las diferencias entre los TBI vigentes y el desarrollo de una estructura flexible que permita excepciones nacionales para que los países en desarrollo lo acepten⁶⁰.

B) *Acuerdo sobre Facilitación de Inversiones para el Desarrollo (FID).*

Este Acuerdo ha sido Impulsado por países en desarrollo y menos adelantados de la OMC. El FID se concluyó en 2023, y tiene como objetivo incrementar la participación de estos países en los flujos globales de IDE mediante medidas técnicas que atraigan IDE que contribuya al desarrollo sostenible⁶¹. Este acuerdo abarca la transparencia de las medidas de inversión (publicación de información, portales de acceso único), simplificación de procedimientos administrativos, coherencia regulatoria y cooperación transfronteriza, así como un trato especial para los países en desarrollo. No incluye acceso a mercados, protección de inversiones ni mecanismos de solución de controversias.

Por ello que una de las críticas es la limitada aplicación de medidas para inversiones sostenibles. N. Jansen Calamita señala que el FID no contiene disposiciones específicas que garanticen que las inversiones contribuyan al desarrollo sostenible⁶². En cambio, el propósito principal de las disposiciones es facilitar toda la IDE, sin prestar especial atención a si dichas inversiones contribuirán o no a los objetivos de desarrollo sostenible. Si bien incluye disposiciones de responsabilidad empresarial (que puede considerarse una medida destinada a contribuir a la inversión sostenible), estas no son vinculantes (es la única disciplina que no puede plantearse a través de un procedimiento de solución de controversias y, por consiguiente, funciona como una obligación mínima para los miembros)⁶³, y la obligación de la responsabilidad empresarial recae en los países receptores de inversión, en lugar de los exportadores de capital, que suelen tener mayor capacidad para hacer cumplir esa obligación.

59 RODRÍGUEZ PLA, L.: *Arbitraje internacional*, cit., pp. 52 y ss.

60 HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: "La Regulación de los Movimientos", cit., pp. 324-325.

61 Organización Mundial del Comercio.: *Acuerdo sobre Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo*, 2024, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/invfac_public_s/ifd_toolkit_s.pdf , p. 2.

62 JANSEN CALAMITA, N.: "Buscando el Desarrollo Sostenible y la Inversión Sostenible en el Proyecto de Acuerdo de la OMC sobre la Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo", *Investment Treaty News*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2023, recuperado de: <https://www.iisd.org/itn/es/2023/04/02/looking-for-sustainable-development-and-sustainable-investment-in-the-wto-draft-investment-facilitation-for-development-agreement/> . Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD).: *El Acuerdo sobre Facilitación de Inversiones para el Desarrollo*, 2024, recuperado de <https://www.iisd.org/system/files/2024-03/investment-facilitation-development-agreement-wto-es.pdf> , p. 28.

63 Organización Mundial del Comercio.: *Acuerdo sobre Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo*, 2024, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/invfac_public_s/ifd_toolkit_s.pdf , p. 2

C) Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) - Modelo de Brasil⁶⁴.

Este modelo promueve la cooperación entre inversionistas y Estados para fomentar un entorno favorable de negocios, y han servido de marco para la aprobación de los FID. Este enfoque brasileño responde a las críticas al régimen tradicional de TBIs, que se centra en la protección de inversiones y ha generado conflictos⁶⁵. A diferencia de los TBIs tradicionales, los ACFIs se enfocan en la cooperación, excluyen las inversiones de cartera y promueven la IDE como fuente de desarrollo. Contienen cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida (NMF), limitadas a la IDE, con excepciones para sectores estratégicos⁶⁶. Este tipo de acuerdos, al igual que los FID pueden contribuir a la consecución de los ODS, al crear un entorno propicio para atraer inversiones que no solo sean económicamente viables, sino que también contribuyan al desarrollo sostenible. Por ejemplo, algunos acuerdos ya lo hacen como el mencionado de Brasil con Angola, pueden incluir cláusulas que fomenten la Responsabilidad empresarial, incentivando a las empresas a actuar de manera ética y responsable en las comunidades donde operan⁶⁷. De esta manera se estaría fomentando la consecución del ODS 13, acción por el clima, o el ODS 11 ciudades y comunidades sostenibles.

Los ACFIs introducen innovaciones, como las disposiciones sobre responsabilidad social empresarial (basadas en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales)⁶⁸, medidas contra la corrupción y excepciones para la protección de la vida humana y el medio ambiente. Además, cada país debe establecer un mecanismo de “Ombudsman” o punto focal para facilitar la resolución de conflictos y mantener un diálogo continuo entre Estados y empresas, lo que recuerda al mecanismo de la mediación como paso previo al arbitraje⁶⁹. También incluyen un Comité Conjunto para prevenir conflictos, así como una Agenda de Cooperación y Facilitación, ajustable a las necesidades de cada país⁷⁰.

64 BERNASCONI-OSTERWALDER, N., y BRAUCH, M. D.: *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*, septiembre 2015, recuperado de <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas>; MOROSINI, F., y SÁNCHEZ BADIN, M. R.: “El acuerdo brasilero de cooperación y de facilitación de las inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?”, *Investment Treaty News*, 6(3), agosto 2015, pp. 3–5, recuperado de <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-ITN-agosto-2015-espanol.pdf>.

65 MARTINS, J. H. V.: *Acuerdos de Cooperación*, cit.

66 *Ídem*.

67 Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download>

68 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): (2011). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011, recuperado de <https://www.OECD.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

69 MARTINS, J. H. V.: *Acuerdos de Cooperación*, cit.

70 *Ídem*.

Aunque aún no se ha confirmado que los ACFIs generen mayores flujos de inversión, estos acuerdos ya han mejorado el proceso regulatorio en Brasil, logrando una acogida positiva en la comunidad internacional, especialmente en países de América Latina y África.

BIBLIOGRAFÍA

ANTEZANA ROCHA, C. A.: "La mediación como alternativa ante las controversias inversionista-Estado", *Revista Jurídica Derecho*, vol. 13 (20), 2024.

BERGER, K. P.: "Integration of Mediation Elements into Arbitration: 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators", *Arbitration International*, 19(3), 2003.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., COSBEY, A., VIS-DUNBAR, D., JOHNSON, L.: "Investment Treaties and why they matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *International Institute for Sustainable Development*, 2011.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., y BRAUCH, M. D.: *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, México, and Malawi*, septiembre 2015.

BOHOSLAVSKY, J. P.: *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2010.

BOIE, B.: "Labour related provisions in international investment agreements", *employment working paper*, núm. 126, 2012.

BOLAÑOS, R. M.: "Mayaniquel reclama US\$100 millones al Estado de Guatemala en el inicio del proceso para arbitraje", *Prensa Libre*, octubre de 2024.

CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: "Arbitraje de inversiones vs. Arbitraje comercial internacional: la brecha tras el caso Achmea y los recientes trabajos en el marco de la CNUDMI", *LA LEY, Mediación y Arbitraje*, núm. 5, 2021.

CRESPO HERNÁNDEZ, A.: *El Acuerdo Multilateral de Inversiones, ¿Crisis de un Modelo de Globalización?*, Eurolex, Madrid, 2000.

DE BRABANDERE, E., GAZZINI T.: "Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests", *Nijhoff International Investment Law Series*, vol. 2, 2014.

DE LOS SANTOS, C. y GÓMEZ DABIC M.: "Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible: los conflictos en torno al medio ambiente van en aumento", recuperado de: Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible: los conflictos en torno al medio ambiente van en aumento | Garrigues (consultado el 10/02/2025).

ESPLUGUES MOTA, C.:

- “Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad”, *Revista argentina de arbitraje*, 2020.
- “Quo Vadis Arbitratio?”, en BARONA VILAR, S. (coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

FACH GÓMEZ, K.: “Construyendo un nuevo Derecho internacional de las inversiones: las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible”, *REEI*, núm. 18, 2009.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La Necesaria Adaptación de los Acuerdos Internacionales de Inversiones y del Arbitraje de Inversiones al Desarrollo Sostenible”, en LARRAZ IRIBAS, B. y FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (eds.): *Desarrollo Sostenible en el Siglo XXI: Economía, Sociedad y Medio Ambiente*, IproLex, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.:

- “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Rosario, 2006.
- *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2010.

HERRERA ÁÑEZ, W.: “El arbitraje internacional de inversiones en Bolivia”, en ESPLUGUES MOTA, C., BARONA VILAR S. y ALVARADO C.: *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “La Regulación de los Movimientos Internacionales de Capital y de las Inversiones Extranjeras”, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., y ROLDÁN BARBERO, J. (dirs.), *Derecho Internacional Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

HIIOUREAS, C. G., “The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?”, *Ecology Law Quarterly and Berkeley Journal of International Law*, vol. 46, 2019.

JIJÓN CALDERÓN, M. S.: “¿El Acuerdo Multilateral de Inversiones: intento fallido o agenda en marcha?”, *Boletín ICCI-ARY Rimay*, núm. 69, 2004.

JANSEN CALAMITA, N.: “Buscando el Desarrollo Sostenible y la Inversión Sostenible en el Proyecto de Acuerdo de la OMC sobre la Facilitación de las

Inversiones para el Desarrollo", *Investment Treaty News*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2023.

JUSTE RUIZ, J.:

- *Derecho internacional del medio ambiente*, MacGraw-Hill, Madrid, 1999.
- "El desarrollo sostenible y los derechos humanos", *Protección internacional de derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005.

KUN, F.: "Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey", *Journal of Dispute Resolution*, núm. 2, 2020.

LATHAM & WATKINS.: "Arbitraje entre inversores extranjeros y Estados", *Guía del Arbitraje Internacional*, 2013.

LARSEN, S., KIRTLEY, W.: "Preocupaciones ambientales en el arbitraje de inversiones". Recuperado de: Preocupaciones ambientales en el arbitraje de inversiones, Arbitraje, (consultado el 5/05/2025).

LASCU, G. S. I.: *El arbitraje internacional de inversiones: panorama presente y perspectivas de futuro*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2019.

LAUK, C.: "El arbitraje internacional y la conservación ecológica- Una pareja imposible", *Asociación para las Naciones Unidas en España*, 2024.

MANN, H., VON MOLTKE, K., ERIC PETERSON, L., COSBEY, A.: *Acuerdo internacional. Modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible. Guía para negociadores*, International Institute for Sustainable Development, Canadá, Abril de 2005.

MARTINS, J. H. V.: *Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y últimos avances*, junio 2017.

MARTÍNEZ COLL, J. C., GRANATO, L. (ed): *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, 2010.

MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "La inserción de cláusulas laborales en los acuerdos bilaterales de inversiones ¿hacia una mayor efectividad de los derechos laborales fundamentales?", *Derecho transnacional del trabajo, derechos humanos y multinacionales: una mirada interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2022.

MIGUEL ÁLVAREZ, J. y MARCELA ARAUJO, D.: "Eco Oro v. Colombia. ¿Una victoria para Colombia?", *Blog de derecho de los negocios*, 2021.

MOROSINI, F. y SÁNCHEZ BADIN, M. R.: "El acuerdo brasilero de cooperación y de facilitación de las inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?", *Investment Treaty News*, vol. 6 (3), agosto 2015.

RODRÍGUEZ, J. D. H.: "El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. II, 2005.

RODRÍGUEZ PLA, L.: *Arbitraje internacional de inversiones: las perspectivas de presente y futuro*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2022.

SCHNABEL, T.: "The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 19, 2019.



DERECHO APLICABLE Y PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN SISTÉMICA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES*

APPLICABLE LAW AND THE PRINCIPLE OF SYSTEMIC INTEGRATION IN INVESTMENT ARBITRATION

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 902-925

* El presente artículo está basado en la ponencia presentada al Primer Encuentro de Jóvenes Investigadores en Derecho internacional privado y sostenibilidad realizada en el marco del proyecto jusost - Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST) - CIPROM 2023-64 (GV).

Diego AGULLÓ
AGULLÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: Este trabajo examina la aplicación del principio de integración sistémica en el arbitraje de inversiones, a la luz del art. 31.3.c) de la Convención de Viena. Se analizan diversos laudos que han considerado normas de derechos humanos, medioambientales o laborales como parte del marco interpretativo. La incorporación de estas normas sigue siendo dispar y dependiente del criterio arbitral. No obstante, su integración puede reforzar la coherencia y legitimidad del sistema. Se propone una lectura más contextualizada de los tratados de inversión.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje de inversiones; integración sistémica; derecho internacional; interpretación de tratados

ABSTRACT: *This paper explores the use of the principle of systemic integration in investment arbitration under Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It reviews case law where human rights, environmental or labor norms have informed the interpretation of investment treaties. While the application remains uneven, systemic integration enhances normative coherence and legitimacy. The study suggests a more contextualized reading of treaty obligations.*

KEY WORDS: *Investment arbitration; systemic integration; international law; treaty interpretation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN SISTÉMICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.- III. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA DEL DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS CON OTRAS ÁREAS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SEDE DE ARBITRAJE.- 1. De la protección internacional del patrimonio histórico a la protección internacional de la salud.- 2. La protección internacional de los derechos humanos. 3. El modelo TBI de la Academia Africana de Arbitraje.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

El arbitraje de inversiones sufre de gran desprestigio entre algunos sectores políticos y académicos y es objeto de discusión en cuanto a si debe ser abandonado o si debe ser reformado y, en su caso, cómo debe llevarse a cabo esa reforma¹. Entretanto, existen más de 3000 tratados bilaterales (TBI) o multilaterales de inversión que contienen cláusulas de arbitraje inversor-estado que dan lugar, cada año, a múltiples arbitrajes de inversión, siendo la institución administradora más conocida y más activa en este ámbito el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial y que sienta sus bases en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio del CIADI)².

Una de las cuestiones que más preocupan en materia de arbitraje de inversiones es su relación con otras áreas del Derecho internacional y, en particular, con los derechos humanos y el Derecho medioambiental internacional³. En este sentido,

- ¹ Letter from 300+ Professors of Law and Economics to President Biden Urging the Elimination of ISDS in U.S. Trade and Investment Agreements, 2024. Vid. ampliamente ESPLUGUES MOTA, C.: "Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones: dos dogmas de la modernidad sometidos a revisión", en AA.VV.: *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica* (coord. por C. ESPLUGUES MOTA y S. BARONA VILAR), Tirant, Valencia, 2020. Disponible en: SSRN <https://ssrn.com/abstract=3509705> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3509705>; Comisión Europea: *Multilateral Investment Court Project*, 2015, disponible en: https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en; UNCITRAL, *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform*, 2024, disponible en: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state
- ² BISCHOFF, J. A.: "Investment arbitration", en AA.VV.: *Encyclopedia of Private International Law* (eds. J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI y P. DE MIGUEL ASENSIO), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2017, pp. 97 y ss.
- ³ Los derechos medioambientales y los derechos humanos están cada vez más interrelacionados, y el derecho a un medio ambiente limpio puede considerarse un Derecho humano. Así lo reconoce expresamente el art. 24 de la *African Charter on Human and Peoples' Rights*, adoptada el 27 de junio de 1981 (1520 U.N.T.S. 217; 21 I.L.M. 58, 1982), al establecer que "todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio

• Diego Agulló Agulló

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas, la Universidad de Deusto y la Universidad Ramón Llull. Ha sido investigador predoctoral (becario Max Planck) en el *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*; *Graduate Research Trainee* (GRT) en la Facultad de Derecho de *McGill University* (Montreal), investigador postdoctoral en el *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* (Hamburgo) y *Visiting Scholar* en *Columbia Law School* (Nueva York). Sus líneas de investigación se centran en el Derecho Procesal Internacional, el Derecho Comparado, el Derecho de las Inversiones Extranjeras, la Contratación Internacional y el Arbitraje Internacional

se plantea la cuestión de si un tribunal arbitral debe aplicar normas internacionales de derechos humanos y medioambientales al fondo de la controversia aun cuando no esté expresamente previsto en el TBI en el que se fundamente tal disputa, sobre todo en escenarios donde su aplicación por parte del Estado receptor de la inversión ha conllevado una posible vulneración de la protección de la inversión extranjera⁴. Muchos TBI se refieren al Derecho internacional como Derecho aplicable en las controversias entre las partes⁵ y el Convenio del CIADI dispone en su art. 42(1) que, a falta de acuerdo entre las partes, se aplicará el Derecho del Estado parte en la controversia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado y el Derecho internacional general que pudiera ser aplicable:

“(...) el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

El art. 42 del Convenio del CIADI parece referirse al Derecho internacional como un sistema que integra el Derecho de las inversiones extranjeras como parte del Derecho internacional general que, a falta de acuerdo concreto entre las partes, deberá aplicarse. El principio de integración sistémica encuentra su principal fundamento en lo dispuesto por el art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (Convención de Viena), que establece, en su punto (1), en cuanto a la regla general de interpretación que:

y favorable a su desarrollo”. Vid. *Ligue Ivoirienne des Droits de l'Homme (LIDHO) y otros v. República de Costa de Marfil*, núm. 041/2016, Sentencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 5 de septiembre de 2023, disponible en: <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0412016> (en este caso, la Corte condenó al Estado por incumplimiento de obligaciones ambientales nacionales e internacionales que derivaron en vertidos tóxicos que afectaron a miles de personas). Vid. también *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros v. Suiza*, demanda núm. 53600/20, Sentencia del TEDH de 9 de abril de 2024, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233206> (el TEDH condenó a Suiza por incumplir el art. 8 del CEDH al no adoptar medidas suficientes contra el cambio climático). El vínculo entre arbitraje y derechos humanos también se ha hecho más visible en los últimos años. Vid. *Iliria S.R.L. v. Albania*, demanda núm. 31011/09, párr. 38, Sentencia del TEDH de 5 de marzo de 2024, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-231334> (el TEDH declaró la violación del CEDH por una demora de 17 años en la ejecución de un laudo arbitral). Por el contrario, si un Estado ejecuta un laudo que desatiende los derechos reconocidos en el CEDH, también podría enfrentarse a un procedimiento ante el TEDH.

- 4 Sobre el Derecho aplicable en el arbitraje de inversiones, vid. ZAMBRANA TÉVAR, N.: *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Aranzadi, Pamplona, 2010; y BENEDETTELLI, M.: “Determining the Applicable Law in Commercial and Investment Arbitration: Two Intertwined Road Maps for Conflicts-Solving”, en AA.VV.: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 37, núm. 3, 2022, pp. 687-722.
- 5 Vid., por ejemplo, el Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Ruanda relativo al fomento y la protección recíproca de inversiones, firmado el 19 de febrero de 2008, art. 5(1), donde se establece que “cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato conforme al derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo y plena protección y seguridad”.

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

El mismo precepto, en su punto (3)(c) establece que, “juntamente con el contexto, deberá tenerse en cuenta:

“toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes”⁶.

No obstante, la aplicación de los derechos humanos y medioambientales en sede de arbitrajes de inversión no está asegurada en tanto que es una decisión que toma el tribunal arbitral pudiendo incluso no aplicarlos aunque las partes los aleguen en sus escritos; muchos árbitros no están acostumbrados a la interpretación y la aplicación de los derechos humanos y los propios Estados pueden no estar dispuestos a que cuestiones tan delicadas como los derechos humanos se traten en procedimientos de arbitraje de inversión, pensados inicialmente para resolver disputas muy concretas de carácter puramente económico⁷. Además, el Derecho internacional de las inversiones extranjeras no debe necesariamente entenderse jerárquicamente subordinado al de los derechos humanos⁸.

6 MCLACHLAN, C.: “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2, 2005, pp. 279-320. GISSMONDI, G. E.: “The Principle of Systemic Integration in International Investment Law”, en AA.VV.: *International Environmental Law and International Human Rights Law in Investment Treaty Arbitration: The Contribution of Host States’ Argumentation in Re-Shaping International Investment Law* (ed. por G. E. GISSMONDI), Kluwer Law International, La Haya, vol. 68 de la colección *International Arbitration Law Library*, 2023, pp. 163-174.

7 ÁLVAREZ, J. E.: *The Public International Law Regime Governing International Investment*, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 344, Brill/Nijhoff, La Haya, 2011, pp. 193 y 467.

8 FERRERES COMELLA, V.: *The Constitution of Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 172. Aunque los tribunales están facultados para ello, la integración sistémica todavía no es muy común en el arbitraje de inversiones. En su lugar, los tribunales recurren con frecuencia a la doctrina de la *lex specialis* para sostener que el tratado bilateral de inversión, en cuanto instrumento jurídico especializado, prevalece sobre normas y principios más generales del Derecho internacional. ANZIZU, H. y REISCH, N.: “Investor-State Disputes, the Climate Emergency, and the Duty to Regulate Fossil Fuels: A Human Rights Perspective”, en AA.VV.: *Investment Arbitration and Climate Change* (eds. por A. MAGNUSSON y A. IPP), Kluwer Law International, La Haya, 2023, pp. 179-206. La integración sistémica es sólo una de las aproximaciones posibles a esta cuestión. Tal y como indica BUTLER, la primera aproximación consiste en promulgar -de cara al futuro- TBI que obliguen de forma expresa a las partes a respetar el catálogo internacional de derechos humanos como estándar mínimo, y que establezcan de manera inequívoca que el tribunal debe tener en cuenta los compromisos del Estado en materia de derechos humanos. La segunda y la tercera aproximación se centran en cómo pueden tenerse en cuenta los derechos humanos en la interpretación de los tratados ya existentes. La segunda aproximación propone una interpretación evolutiva, conforme a lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Kasikili/Sedudu Island (Botswana c. Namibia)*. Cuando los tratados emplean términos jurídicos conocidos cuyo contenido las partes previeron que evolucionaría con el tiempo, el significado de tales términos debe determinarse con arreglo al Derecho internacional tal como ha evolucionado y se aplica en el presente, y no conforme al estado del Derecho en el momento de la celebración del tratado. La tercera aproximación es la “técnica emergente” de desfragmentación basada en la integración sistémica, que parte de la presunción interpretativa de que los tratados están destinados a producir efectos conformes con las normas vigentes del Derecho internacional. Este enfoque propone que todos los tratados de inversión sean interpretados siempre a la luz del Derecho internacional, incluyendo el Derecho internacional de los derechos humanos y su metodología. Sobre esta base, se estaría gestando una interpretación que favorece la inclusión de los derechos humanos en el marco interpretativo aplicable. BUTLER, P.: “Human Rights in International Commercial and Investment Arbitration”, en AA.VV.: *Cambridge*

Este trabajo tiene por objeto analizar cómo se ha aplicado el principio de integración sistémica en el arbitraje de inversiones durante los últimos años, estudiando casos en los que los tribunales arbitrales han integrado al TBI otras normas de Derecho internacional. Antes de analizar con detalle tales casos, nos referiremos al principio de integración sistémica en el Derecho internacional general. El trabajo termina con unas consideraciones finales.

II. EL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN SISTÉMICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

No es algo nuevo afirmar que el Derecho internacional es una disciplina jurídica fuertemente fragmentada, por su pluralidad de fuentes, de adjudicadores y aplicadores y, también, por la falta de un ente común, eficaz y vinculante que lo homogenice a nivel global. La fragmentación del Derecho internacional ocupó a la Comisión de Derecho internacional de la Organización para las Naciones Unidas (ONU) en la primera década del presente milenio, que culminó con la elaboración del informe “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” (Informe sobre la fragmentación del DI) en el que se estudia el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena y, en esencia, se defiende que los tratados internacionales deben interpretarse conforme al resto del Derecho internacional general con el objeto de que se promuevan valores globales como la dignidad humana así como la consecución de otros objetivos también globales. El Informe sobre la fragmentación del DI se hace eco de aquellos que sugieren que un tribunal estatal o arbitral sólo puede interpretar y aplicar el tratado por cuya virtud ostenta competencia, pero que no puede ir más allá:

“En ocasiones se afirma que los tribunales internacionales u órganos de aplicación (de tratados) no están facultados para “salirse” de la esfera normativa de su instrumento constituyente o que, cuando los órganos de arbitraje deliberan sobre el laudo, no deberían tener en cuenta las normas o principios que no estén incorporados en el tratado en conflicto o en el compromiso pertinente”⁹.

Pero también indica que el Derecho internacional debe conceptualizarse como un sistema, cuyas normas están interrelacionadas debiendo el órgano decisor poner en contexto el tratado de que se trate con su entorno normativo (i.e. *normative environment*):

Compendium of International Commercial and Investment Arbitration (eds. por S. M. KRÖLL, A. K. BJORKLUND y otros), Cambridge University Press, Cambridge, 2023, pp. 139-185.

9 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio elaborado por M. KOSKENNIEMI, doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, párr. 423, disponible en: <https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/l-docs.htm>

“(…) Sin embargo, si, como se ha expuesto en la sección B.5, todo el derecho internacional existe en relación sistémica con otras ramas del derecho, no se puede realizar dicha aplicación sin situar el instrumento pertinente en su entorno normativo (...)”¹⁰.

Indica también el Informe sobre fragmentación del DI que incluso si un tribunal ostenta competencia para conocer respecto de un instrumento legal internacional concreto, debe siempre interpretar y aplicar tal instrumento en relación con su entorno normativo, esto es, con el resto del Derecho internacional.

En la jurisprudencia *ius* internacional publicista encontramos algunos casos que aplican el principio de integración sistémica. En el asunto *Oil Platforms*, en noviembre de 1992, la República Islámica de Irán (Irán) presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) contra los Estados Unidos de América (Estados Unidos) por la destrucción de tres complejos petrolíferos iraníes, que Irán consideraba contraria al Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de 1955 ratificado por Irán y Estados Unidos. Irán alegó que dichas acciones constituirían una violación de la libertad de comercio entre los territorios de ambas partes. La CIJ, en su sentencia definitiva el 6 de noviembre de 2003 y en relación con la demanda principal, refirió a si los ataques estadounidenses podían justificarse como medidas necesarias para proteger los intereses esenciales de seguridad nacional, conforme al art. XX.I.d del Tratado. Concluyó que no se cumplían los requisitos de legítima defensa, dado que no se demostró un ataque armado iraní previo ni la necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza. No obstante, la CIJ desestimó la pretensión iraní de indemnización al considerar que, en ambos episodios, las plataformas atacadas no estaban operativas ni existía comercio activo de petróleo entre los dos países, debido a un embargo estadounidense. En concreto, se aplicó el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena para la integración del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos consulares con el resto del Derecho internacional general:

“Conforme a las normas generales de interpretación de los tratados, tal como se reflejan en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la interpretación debe tener en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31.3.c)). La Corte no puede aceptar que el artículo XX, párrafo I, inciso d), del Tratado de 1955 haya sido concebido para operar con total independencia de las normas pertinentes de derecho internacional sobre el uso de la fuerza, de manera que pudiera ser invocado con éxito -aun en el contexto limitado de una reclamación por incumplimiento del Tratado- en relación con un uso ilícito de la fuerza. La aplicación de las normas pertinentes de derecho internacional relativas a esta

10 *Ídem*.

cuestión constituye, por tanto, una parte integral de la tarea de interpretación que el artículo XXI, párrafo 2, del Tratado de 1955 encomienda a la Corte"¹¹.

Sin embargo, la Juez Rosalyn Higgins rechazó de plano esta interpretación en su voto particular discrepante. En concreto, en su *Separate Opinion*, Higgins indicó que la CJI no había tenido en cuenta el inciso del art. 31(3)(c) de la Convención de Viena relativo al "contexto" en el que debe realizarse la integración sistémica, siendo este contexto el económico y comercial, propio del tratado bilateral en cuestión, y no el Derecho internacional general:

"La Corte interpreta esta disposición como una incorporación de la totalidad del derecho internacional sustantivo (el cual, en el párrafo 42 de la Sentencia, se define como comprendiendo el derecho de la Carta) relativo al uso de la fuerza. Sin embargo, ello supone ignorar que el artículo 31, párrafo 3, exige tener en cuenta "el contexto", y dicho "contexto" es claramente el de un tratado de carácter económico y comercial"¹².

En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), también encontramos casos en los que se ha aplicado el principio de integración sistémica. Cabe destacar el caso *Al Adsani v. Reino Unido*. En este asunto, Sulaiman Al Adsani, de nacionalidad británica y kuwaití, fue piloto del ejército del aire de Kuwait y participó en la resistencia durante la Guerra del Golfo. Tras la difusión de unos vídeos de contenido sexual que implicaban a un Jeque emparentado con el Emir, fue acusado por este de su divulgación. El 2 de mayo de 1991, el Jeque lo secuestró y lo llevó a una prisión donde fue torturado y obligado a firmar confesiones falsas. Posteriormente, fue nuevamente agredido, sufriendo quemaduras en el 25 % del cuerpo, lo que le causó una enfermedad severa de la que se recuperó en el Reino Unido. En 1992, demandó al Jeque y al Estado de Kuwait en el Reino Unido, obteniendo una sentencia estimatoria con declaración de rebeldía del primero. Sin embargo, los tribunales británicos rechazaron conocer sobre sus pretensiones contra el Estado de Kuwait, indicando que existía inmunidad de jurisdicción reconocida por el *State Immunity Act* de 1978, incluso aun tratándose de un caso de tortura. El TEDH utiliza el principio de integración sistémica para interpretar y aplicar la noción de inmunidad soberana integrando el CEDH con el resto del Derecho internacional general:

"El Tribunal debe analizar a continuación si la restricción fue proporcional al objetivo perseguido. Reitera que el Convenio debe interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

11 CJI, *Oil Platforms (Irán c. Estados Unidos de América)*, Sentencia de 6 de noviembre de 2003, párr. 41, disponible en: <https://www.icj-cij.org/case/90>

12 HIGGINS, R.: Opinión separada de la Jueza Higgins, en *Caso relativo a las Plataformas Petrolíferas (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*, Sentencia sobre el fondo, CJI, Recueil 2003, párr. 46.

de 23 de mayo de 1969, y que el artículo 31 § 3 (c) de dicho tratado establece que debe tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El Convenio, incluido su artículo 6, no puede interpretarse en un vacío normativo. El Tribunal debe tener presente el carácter especial del Convenio como tratado de derechos humanos, y también debe tomar en consideración las normas pertinentes del derecho internacional”¹³.

En el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en 1999 Estados Unidos solicitó la celebración de consultas ante la OMC contra Corea del Sur por presuntas subvenciones concedidas a la industria naval, en violación del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994. Estados Unidos alegó que Corea había efectuado transferencias financieras y condonado deudas a astilleros nacionales, distorsionando la competencia internacional. Aunque se estableció un Grupo Especial en el ámbito de la OMC en julio de 2000, no se produjo ningún avance procesal posterior. El caso permaneció inactivo durante varios años y, en diciembre de 2005, Estados Unidos solicitó la retirada de su solicitud. El procedimiento concluyó sin resolución formal, quedando la disputa sin pronunciamiento sobre el fondo. No obstante, el Grupo Especial indicó que el Derecho internacional consuetudinario aplica a los tratados de la OMC siempre que no los contradigan:

“(…) siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC”¹⁴.

En la esfera de los arbitrajes inter-estatales administrados por la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), cabe destacar el arbitraje OSPAR (Irlanda v. Reino Unido) de 2003. Este caso enfrentó a Irlanda y el Reino Unido por el acceso a información económica confidencial relacionada con la planta MOX, una instalación nuclear operada por el Reino Unido en sus aguas en la costa del mar de Irlanda. Irlanda solicitó, en virtud del art. 9 de la *Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic* (Convención OSPAR), el acceso a información omitida, omisión que se realizó por considerar la información comercialmente sensible. El tribunal arbitral concluyó que el art. 9 (1) impone una obligación de revelación que puede ser calificada como una obligación de resultado y no meramente de medios. Sin embargo, el tribunal arbitral estableció que la información solicitada no se refería al estado del medio marino, como exige

13 TEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, demanda núm. 35763/97, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 55, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>

14 OMC, *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, Informe del Grupo Especial, WT/DS163/R, 1 de mayo de 2000, párr. 7.96.

el art. 9 (2), por lo que la reclamación de Irlanda fue desestimada¹⁵. En el laudo, el tribunal arbitral determinó que la Convención OSPAR no le autoriza aplicar Derecho internacional *in statu nascendi*, sino sólo Derecho internacional, incluido el de naturaleza consuetudinaria, que esté plenamente vigente:

“Cuando las Partes han conferido tal facultad a un tribunal arbitral internacional, este puede aplicar normas que no formen parte de la *lex lata*, si, a juicio del tribunal, dichas normas han sido aceptadas y es probable que pronto pasen a integrar el *corpus juris* internacional. Sin embargo, en tal caso el tribunal arbitral las aplica en virtud de las instrucciones de las Partes, no porque sean «casi» derecho vigente.

Mientras no sea incompatible con el *jus cogens*, las Partes también pueden instruir a un tribunal para que aplique una *lex specialis* que no forme parte del derecho internacional general en ese momento. No obstante, el Convenio OSPAR no incorpora una remisión de esa naturaleza. Sin tal autorización, un tribunal constituido en virtud del Convenio OSPAR no puede ir más allá del derecho vigente. Esto no significa que un tribunal no pueda aplicar normas consuetudinarias de reciente formación, sino que, para hacerlo, estas deben ser efectivamente normas de derecho internacional consuetudinario”¹⁶.

III. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA DEL DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS CON OTRAS ÁREAS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SEDE DE ARBITRAJE.

I. De la protección internacional del patrimonio histórico a la protección internacional de la salud.

La protección internacional del patrimonio histórico y cultural fue una de las primeras áreas del Derecho internacional que se integró, en sede de un arbitraje, con el Derecho de las inversiones extranjeras. Debemos citar el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. República Árabe de Egipto*. *Southern Pacific Properties (SPP)*, una empresa hongkonesa, suscribió una serie de acuerdos con el Gobierno de Egipto y con la empresa pública egipcia *Egyptian General Organization for Tourism and Hotels (EGOTH)* para desarrollar dos grandes proyectos turísticos en la meseta de las Pirámides de Giza y en Ras El Hekma. Se constituyó una la *joint venture Egyptian Tourist Development Company (ETDC)*, en la que SPP tendría participación mayoritaria. El Gobierno egipcio se comprometió a proporcionar

15 El art. 9 (2) de la Convención OSPAR dispone que “La información a que se refiere el párrafo 1 de este artículo comprende toda aquella disponible en forma escrita, visual, sonora o en bases de datos, relativa al estado del área marítima, a las actividades o medidas que la afecten o puedan afectarla negativamente, así como a las actividades o medidas adoptadas conforme al Convenio”.

16 Tribunal Arbitral OSPAR, *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom)*, Laudo final, 2 de julio de 2003, párrs. 99-100.

terrenos, derechos de usufructo y apoyo administrativo a los inversores extranjeros. SPP realizó importantes inversiones, obtuvo permisos oficiales e inició las obras en el área de Giza en el año 1977. Sin embargo, el proyecto generó una gran oposición política interna, en tanto que podía constituir riesgos para el patrimonio arqueológico egipcio. En 1978, Egipto, siguiendo recomendaciones de la Autoridad de Antigüedades egipcia, declaró el área de las pirámides propiedad pública protegida, revocó los permisos, extinguió el usufructo sobre los terrenos y determinó que ETDC debía estar sujeta a administración judicial. SPP intentó primero un arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), donde obtuvo un laudo favorable, que luego fue anulado por los tribunales ordinarios franceses. Posteriormente, SPP presentó demanda de arbitraje ante el CIADI. Durante el arbitraje CIADI, Egipto defendió que su actuación estaba amparada por sus obligaciones internacionales y, en particular, por la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972¹⁷.

El tribunal arbitral, en el laudo, comienza su análisis de Derecho aplicable mencionando el art. 42(1) del convenio del CIADI que indica como primer factor de conexión el acuerdo de las partes:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Después, el tribunal arbitral pasa a referirse a los posicionamientos de las partes sobre el Derecho aplicable. Egipto argumenta, en esencia, que las partes acordaron el Derecho egipcio como Derecho aplicable ya que así se desprende del preámbulo del acuerdo que se refiere expresamente a la Ley núm. 1, Ley núm. 2 de 1973 y Ley núm. 43 de 1974, todas ellas egipcias. Egipto defiende que la segunda parte del art. 32(1) del Convenio del CIADI no debe aplicarse ya que se refiere a las situaciones que pueden producirse “a falta de acuerdo” y, en este caso, sí que existía un acuerdo sobre el Derecho aplicable. Según Egipto, el efecto del Derecho internacional es limitado en tanto que debe aplicarse el Derecho internacional ratificado por Egipto y que, por tanto, forma parte de su ordenamiento jurídico, incluyendo la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972¹⁸.

17 CIADI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre el fondo, 20 de mayo de 1992.

18 *Ibidem*, párr. 75-76.

El inversor extranjero, por su parte, defiende que no es la primera frase del art. 42(1) la que debe aplicarse, sino la segunda, que se refiere a la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables. En esencia, SPP defiende que las relaciones entre las partes se rigen fundamentalmente por la Ley 43 de 1974 y que esta norma no regula todas las cuestiones que deben decidirse en esta disputa por lo que la segunda parte del art. 43(1) del Convenio del CIADI debe aplicarse¹⁹.

El tribunal arbitral concluye que la aplicación de la primera parte o de la segunda del art. 42(1) del Convenio del CIADI tiene poca relevancia práctica, en tanto que las partes están de acuerdo en que la Ley 43 de 1974 es el Derecho aplicable al fondo del asunto y que también está clara la aplicación, reconocida por las partes, de la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972. Indica el tribunal arbitral que incluso aceptando la posición de Egipto de que el Derecho aplicable es exclusivamente el egipcio no puede excluirse enteramente la aplicación del Derecho internacional en determinados escenarios. Cuando existe una laguna jurídica, debe aplicarse la parte segunda del art. 42(1) del Convenio del CIADI²⁰. El tribunal arbitral integró sistémicamente la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, pero sostuvo que, aun actuando lícitamente, Egipto debía indemnizar a SPP por la pérdida de su inversión.

El Derecho de la Organización Mundial del Comercio y de los Acuerdos Generales sobre Aranceles Aduaneros sirvieron al tribunal arbitral en *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América* para interpretar el *North America Free Trade Agreement* (NAFTA), aunque dejando claro que el tribunal arbitral no estaba vinculado por tal acervo jurídico. En este caso, *Methanex Corporation* (*Methanex*), un productor canadiense de metanol inició un arbitraje contra Estados Unidos bajo el capítulo II del NAFTA. *Methanex* alegó daños derivados de la prohibición en California del aditivo de gasolina *methyl tertiary-butyl ether* (MTBE), efectiva a partir de 2002. Aunque *Methanex* no producía MTBE, su metanol era una materia prima esencial para su fabricación. La demanda, inicialmente de unos 970 millones de dólares, se fundamentó en supuestas violaciones de los arts. 1102 (trato nacional), 1105 (trato justo y equitativo) y 1110 (expropiación) del NAFTA. *Methanex* alegó que la prohibición de MTBE fue influenciada por Archer-Daniels-Midland (ADM), un productor estadounidense de etanol que realizó donaciones a la campaña del gobernador de California Gray Davis. El tribunal concluyó que tenía jurisdicción para decidir sobre la reclamación original y que *Methanex* no probó que las medidas adoptadas por el Estado de California estuvieran dirigidas contra

¹⁹ *Ibidem*, párr. 77.

²⁰ *Ibidem*, párr. 78-80.

los productores extranjeros de metanol. En el laudo, el tribunal arbitral cita el art. 31(1)(c) del Convenio de Viena y, aunque no se refiere específicamente al principio de integración sistémica, sí que indica que para interpretar el NAFTA puede tener presente la jurisprudencia de los GATT y la práctica de la OMC, aunque no le sea vinculante:

“Al interpretar las disposiciones de la Sección A del Capítulo II, y en particular el artículo 1102 en el presente caso, el Tribunal puede encontrar orientación en la manera en que expresiones similares han sido interpretadas anteriormente en el marco del GATT. Si bien dichas interpretaciones no constituyen precedentes vinculantes para este Tribunal, este puede considerar de manera persuasiva el razonamiento jurídico desarrollado en la jurisprudencia del GATT y de la OMC, siempre que resulte pertinente”²¹.

El *stare decisis* (o su ausencia) es una cuestión controvertida en el ámbito del arbitraje de inversiones. Los tribunales arbitrales no están vinculados por laudos previos de otros tribunales. Esta circunstancia tiene el aspecto positivo para los Estados de que no existe una jurisprudencia arbitral que, en principio, les vincule y que guíe su actuación. Como aspecto negativo: pueden existir casos con hechos muy similares que se decidan de manera totalmente distinta por parte de diferentes tribunales arbitrales de inversión, existiendo una fragmentación no ya del Derecho internacional general, sino del propio Derecho de las inversiones extranjeras en sí mismo²². En el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales del Agua, S.A. v. República de Argentina* el tribunal arbitral aplicó el principio de *like cases should be decided alike*. Este caso versó sobre la privatización en 1995 del servicio de agua y saneamiento en la Provincia de Santa Fe, Argentina, otorgada en concesión a Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., participada por Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales del Agua, S.A. La crisis económica argentina de 2001-2002 impactó gravemente

21 Tribunal Arbitral del NAFTA, *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Laudo final, 3 de agosto de 2005, párr. 6. Vid. también CIADI-NAFTA, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, arbitraje conforme a las Reglas de la CNUDMI, Laudo de 12 de enero de 2011, párr. 210 (aunque el tribunal resolvió que carecía de jurisdicción al no existir una inversión en Estados Unidos, el reclamante invocó, y el tribunal reconoció, la existencia de normas consuetudinarias internacionales relevantes, incluyendo el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre proyectos que pudieran afectarlos. El Estado demandado reconoció que ciertos elementos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas podrían reflejar principios fundamentales de derechos humanos y Derecho internacional consuetudinario en formación). La aplicación del principio de integración sistémica puede ser complicada desde un punto de vista técnico. Si bien puede afirmarse que ningún régimen de Derecho internacional es, en principio, «autónomo», ello no significa que derechos formulados de manera similar puedan ser extraídos de su contexto institucional y aplicados a otro régimen de manera sencilla. El hecho de que otro régimen de Derecho internacional sea de carácter «público» nos dice poco sobre si resulta adecuado trasladar sus normas al sistema de solución de diferencias entre inversores y Estados. Vid. ÁLVAREZ, J. E.: “Is Investor-State Arbitration ‘Public’?”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, núm. 3, 2016, pp. 534-576.

22 Vid. CHEN, R. C.: “Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal*, vol. 60, 2019, pp. 47-94 (el autor propone un “modelo de diálogo”, según el cual los tribunales deben interpelar activamente a decisiones anteriores y redactar sus laudos con el propósito de contribuir al debate jurídico más amplio).

la viabilidad del contrato. La Provincia se negó a revisar las tarifas y aumentó las obligaciones del concesionario. Hubo una serie de negociaciones para reequilibrar la concesión, pero todas fracasaron. En 2006, la Provincia terminó unilateralmente el contrato, asumió el servicio, ejecutó las garantías y denegó todo tipo de compensación. Los inversores ejercitaron demanda de arbitraje CIADI con base en tratados bilaterales de inversión Argentina-Francia y Argentina-España. El tribunal determinó que no hubo expropiación en los términos de los tratados, pero sí que Argentina incumplió la obligación de trato justo y equitativo, vulnerando las expectativas legítimas de los inversores. Como decimos más arriba, este asunto es relevante porque si bien el laudo niega la existencia de un *stare decisis* en el ámbito del arbitraje de inversión, el tribunal defiende la necesidad de tratar el Derecho de las inversiones extranjeras como un sistema bajo el principio de *like cases should be decided alike*:

“Además, consideraciones elementales de justicia conducen a los tribunales a guiarse por el principio judicial básico de que “los casos semejantes deben ser decididos de manera semejante”, salvo que exista una razón de peso para distinguir el caso actual de los precedentes. Asimismo, un objetivo reconocido del derecho internacional de las inversiones es establecer un marco jurídico predecible y estable para las inversiones, lo que justifica que los tribunales otorguen la debida consideración a decisiones anteriores sobre cuestiones similares. Así, salvo razones convincentes en sentido contrario, un tribunal debe siempre considerar con especial atención las soluciones adoptadas en una serie de casos consistentes”²³.

El Derecho internacional de protección de la salud pública también se ha visto enfrentado -o integrado- con el Derecho de las inversiones extranjeras²⁴. En *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. República Oriental de Uruguay*, *Philip Morris* demandó a Uruguay ante el CIADI, alegando que ciertas medidas regulatorias sobre el empaquetado de cigarrillos violaban el TBI Suiza-Uruguay. Los demandantes suizos controlaban la sociedad Abal Hermanos S.A., que comercializaba varias marcas de cigarrillos en Uruguay.

23 CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Laudo sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010, párr. 182. En este mismo sentido, *vid.* CPA, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República del Ecuador*, Tercer laudo interino sobre jurisdicción y admisibilidad, Caso CPA No. 2009-23, 27 de febrero de 2012, párr. 4.21. La búsqueda de coherencia es más complicada por el hecho de que el Derecho de las inversiones se compone tanto de normas especiales como de principios generales del Derecho internacional. Por ello, la jurisprudencia debe ser coherente tanto en su dimensión interna, dentro del régimen especializado, como en su dimensión externa, en relación con los principios más amplios del Derecho internacional general. *Vid.* AKHAVAN, P.: “The Contribution of Investment Arbitration to the Rule of Law”, en AA.VV.: *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* (ed. por A. MENAKER), ICCA Congress Series No. 19 (Mauritius 2016), Kluwer Law International, La Haya, 2017, pp. 77-82.

24 De forma similar, se ha sostenido que, en las controversias ante la OMC, los Grupos Especiales deberían considerar la salud pública y los derechos humanos al interpretar los tratados y el Derecho internacional consuetudinario. *Vid.* HONGJU KOH, H.: “Global Tobacco Control as a Health and Human Rights Imperative”, *Harvard International Law Journal*, vol. 57, 2016, pp. 433 y ss.

En 2008 y 2009, Uruguay adoptó dos medidas relevantes: la Regulación de la Presentación Única (RPU), que prohibía la venta de más de una variante por marca, y la Regulación del 80/80, que obligaba a cubrir el 80% de las carátulas o coberturas de los paquetes con advertencias sanitarias. *Philip Morris* alegó que estas medidas afectaban sus derechos marcarios y reducían el valor de su inversión. Uruguay defendió que las medidas se fundamentaban en obligaciones internacionales, particularmente el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT), y que su propósito era proteger la salud pública. El tribunal arbitral falló en favor de Uruguay²⁵.

2. La protección internacional de los derechos humanos.

La integración de los derechos humanos en sede de arbitrajes de inversión es todavía muy escasa²⁶. Es destacable el asunto *Mondev International Ltd. v. Estados Unidos de América* en el que el tribunal arbitral utiliza la jurisprudencia del TEDH como criterio interpretativo, aunque sea con efectos meramente argumentativos:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha proporcionado ciertas orientaciones sobre esta cuestión en el marco del artículo 7 del Convenio Europeo, en el contexto de procesos penales, cuando el efecto de una nueva decisión judicial es imponer una responsabilidad penal que no existía -o que razonablemente podría no haber existido- en el momento en que se cometió el delito. Si existe alguna analogía con ello, esta es mucho más débil en el ámbito civil. Suponiendo, a efectos meramente argumentativos, que estándares de esta naturaleza pudieran

25 Sobre este asunto, *vid. extensamente* FERIA-TINTA, M.: “Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay”, *Journal of International Arbitration*, vol. 34, núm. 4, 2017, pp. 601-630.

26 Por ejemplo, en CIADI, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 261 el tribunal indicó: “La Demandada ha planteado también la cuestión de la compatibilidad del TBI con los tratados de derechos humanos. Este asunto ha sido apenas debatido por las partes, y el Tribunal no logra comprender la incompatibilidad invocada en las circunstancias del caso de autos. Los usuarios continuaron recibiendo los servicios sin interrupción por parte de ABA durante los cinco meses siguientes a la notificación de la rescisión y por parte de la nueva empresa provincial después de la transferencia del servicio.” También cabe citar CIADI, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo de 6 de febrero de 2007, párr. 354, en el que el tribunal arbitral determina que “Argentina ha alegado que, cuando un Estado expropia por razones sociales o económicas, no procede aplicar el valor de mercado justo, ya que ello limitaría la soberanía de un país -especialmente si se trata de países pobres- para emprender reformas. Sin embargo, Argentina no ha desarrollado este argumento, ni ha justificado por qué debería considerarse un país pobre, ni ha especificado qué reformas pretendía llevar a cabo en ese momento. En sus alegaciones, Argentina ha invocado el caso *Tecmed* como ejemplo a seguir en cuanto a la consideración del propósito y la proporcionalidad de las medidas adoptadas. El Tribunal observa que dichas consideraciones formaron parte del análisis de ese tribunal sobre la existencia o no de una expropiación, y no de la determinación de la compensación. Asimismo, el Tribunal señala que el artículo I del Protocolo Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite un margen de apreciación que no se encuentra en el Derecho internacional consuetudinario ni en el Tratado.”. *Vid. ampliamente* DILLON, T. J.: “The Human Right of Freedom of Expression in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 40, núm. 2, 2023, pp. 179-210.

ser aplicables en virtud del artículo 1105(I), a juicio del Tribunal no se ha producido en el presente caso infracción alguna de tales estándares”²⁷.

En *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. República de Turquía*, la controversia surge a raíz de un contrato celebrado en 2006 entre Emlak, empresa estatal turca, y una unión temporal liderada por *Tulip*, sociedad turca controlada por inversores neerlandeses, para desarrollar un proyecto inmobiliario en Estambul. Tras diversos incumplimientos contractuales y conflictos internos, Emlak resolvió el contrato en 2010 y ejecutó una garantía bancaria. En 2011, *Tulip* inició arbitraje CIADI con base en el TBI entre Turquía y los Países Bajos, alegando expropiación indirecta, denegación de trato justo y violación de otras garantías sustantivas. El tribunal, mediante laudo emitido en 2014, desestimó la demanda. Por mayoría, concluyó que los actos de Emlak no eran atribuibles al Estado conforme a los arts. 4, 5 y 8 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, y de forma unánime, que no se había producido infracción alguna al tratado.

Tulip solicitó la anulación del laudo invocando exceso de poderes, desviación procesal y falta de motivación. El Comité *ad hoc* rechazó en 2015 la solicitud en su totalidad. Afirmó que el tribunal arbitral había aplicado correctamente el Derecho internacional y había respetado el derecho de defensa. En este contexto, el Comité invocó expresamente el art. 31.3.c) de la Convención de Viena, reconociendo que los tratados deben interpretarse en conexión con otras normas relevantes del Derecho internacional, e indicó que los derechos humanos son relevantes para la interpretación del Convenio del CIADI:

“Las disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos relativas al derecho a un juicio equitativo, así como la práctica judicial correspondiente, son pertinentes para la interpretación del concepto de regla fundamental de procedimiento en el sentido del artículo 52, apartado I, literal d), del Convenio CIADI. Ello no implica introducir obligaciones ajenas al marco del Convenio. Por el contrario, acudir a fuentes provenientes del ámbito de los derechos humanos con este fin constituye un método legítimo de interpretación convencional”²⁸.

El asunto *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. República de Argentina* es de particular interés en tanto que el tribunal arbitral aplica el principio de integración sistémica, y porque Argentina interpuso demanda reconvencional acusando al inversor extranjero de haber vulnerado el Derecho humano al agua. Este caso se origina cuando las entidades españolas *Urbaser S.A.* y el *Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia* (CABB), tras integrar un consorcio adjudicatario, participan

27 CIADI, *Mondev International Ltd. v. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002, párr. 138.

28 CIADI, *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre la solicitud de anulación, 30 de diciembre de 2015, párr. 92.

en la constitución de la empresa Aguas del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA) en diciembre de 1999, la cual obtiene una concesión para proveer servicios de agua potable y saneamiento en la Región B de la Provincia de Buenos Aires. La crisis económica argentina de 2001 derivó en la adopción de una serie de medidas por parte del Estado, como la “pesificación” de tarifas originalmente pactadas en dólares y la imposibilidad de ajustarlas según índices internacionales, lo que alteró la ecuación económico-financiera del contrato. En julio de 2006, la Provincia rescindió anticipadamente la concesión mediante decreto, lo que dio lugar a la reclamación arbitral de *Urbaser* y CABB por violaciones al tratado bilateral España-Argentina, alegando expropiación indirecta, trato injusto y discriminatorio, y negación de renegociación. Como ya hemos adelantado, Argentina respondió, entre otras cosas, con una demanda reconvenional fundamentada en la presunta violación del derecho humano al agua por parte de AGBA. En este caso, el tribunal arbitral, con cita del asunto *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. República de Turquía*, aplicó el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena e indicó que el Derecho de las inversiones extranjeras no puede interpretarse de manera aislada:

“El Tribunal señala, además, que el Pacto debe interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y que el Artículo 31, inciso 3(c) de ese Tratado indica que debe tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El TBI no puede interpretarse y aplicarse de manera aislada. El Tribunal debe tener claramente presente el objetivo especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas relevantes de derecho internacional. El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”²⁹.

Si bien la demanda reconvenional ejercitada por Argentina no resultó exitosa, merece la pena detenerse en ella en tanto que puede ser un indicativo de lo que puede suceder en el futuro en cuanto a la responsabilidad internacional no ya de los Estados sino de los inversores extranjeros particulares. Es bien sabido que el Derecho internacional general obliga a los Estados, organizaciones internacionales y otros sujetos de Derecho internacional, pero no, como regla general, a las personas físicas o jurídicas privadas³⁰. En este caso, el tribunal arbitral no acogió los argumentos de la demanda reconvenional y resolvió que el inversor extranjero no está obligado a promover la consecución de un Derecho humano al agua, pero

29 CIADI, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016, párr. 1200.

30 ÁLVAREZ, J. E.: “Are Corporations ‘Subjects’ of International Law”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011, pp. 1 y ss.

sí a no ejercitar acciones que impidan su consecución. En otras palabras, el inversor no tiene a este respecto una obligación de hacer, sino de no hacer:

“En consecuencia, si bien es correcto afirmar que la obligación del Estado se fundamenta en su obligación de hacer valer el derecho humano al agua de todas las personas dentro de su jurisdicción, ello no es así en el caso de los inversores que persiguen, es cierto, el mismo objetivo, sino que se fundamenta en la Concesión y no en una obligación derivada del derecho humano al agua. De hecho, garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esa obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa conocedora del ámbito del suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general. La situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violan los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no sólo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares. Sin embargo, en lo que respecta al presente caso, no es eso lo que está en discusión”³¹.

En *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú* interesa traer a colación a los efectos del presente trabajo, el voto particular discrepante del Prof. Philippe SANDS, que, citando el asunto *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. República de Argentina* indicando que debió integrarse en el TBI Canadá Perú el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales:

“Asimismo, el Tribunal en *Urbaser* señaló que el TBI aplicable en dicho caso “debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”, y que el Artículo 42(1) del Convenio CIADI junto con la cláusula aplicable de dicho TBI (Artículo X(5)) disponían que “el Tribunal aplicará la legislación del Estado receptor “y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Las mismas consideraciones son aplicables al presente caso en lo que respecta a los requisitos del Convenio 169 de la OIT y en particular a su Artículo 15 sobre los requisitos de consulta. El Artículo 837 del Tratado de Libre Comercio Canadá -Perú sobre Derecho Aplicable dispone que este Tribunal “resolverá los temas en controversia de conformidad con este Tratado y a las normas aplicables del

31 CIADI, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016, párr. 1210.

derecho internacional". El Convenio 169 de la OIT constituye una norma de derecho internacional aplicable al territorio de Perú. Este Tribunal tiene la facultad de considerar el Convenio en la determinación de si la Demandante cumplió con su obligación de dar efecto a las aspiraciones del pueblo Aymara de forma apropiada, teniendo en cuenta todos los requisitos legales pertinentes, incluso la aplicación de la legislación de Perú que lo implementa"³².

3. El Modelo TBI de la Academia Africana de Arbitraje.

El continente africano se ha situado a la vanguardia en materia de innovación jurídica en el ámbito del Derecho internacional de las inversiones. Muestra de ello es el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión (Modelo de TBI) elaborado por la Academia Africana de Arbitraje, el cual propone expresamente que los Estados africanos celebren tratados bilaterales de inversión que incluyan referencias claras al respeto de los derechos humanos³³. En particular, el art. 4.D.I(a), relativo a las excepciones a los estándares de trato no discriminatorio, dispone:

"Sin perjuicio del requisito de que tales medidas no se apliquen de forma arbitraria, nada de lo dispuesto en el presente artículo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte Contratante adopte o haga cumplir una medida diseñada y aplicada para proteger o promover un objetivo legítimo de bienestar público, como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, los derechos laborales, los derechos humanos, los derechos de los consumidores y el bienestar social".

Asimismo, el art. 6.4 establece, en relación con la expropiación y la compensación:

"Una medida de aplicación general adoptada por una Parte Contratante que esté diseñada y aplicada para proteger o promover objetivos de bienestar público -tales como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, los derechos laborales, los derechos humanos, el bienestar social o los derechos de los consumidores- no constituirá una expropiación indirecta, siempre que dicha medida: (a) persiga un fin público o de interés general; (b) se aplique de forma no discriminatoria, y (c) se adopte conforme al debido proceso legal".

En materia medioambiental, el art. 9.2 del Modelo de TBI establece:

32 SANDS, P.: Opinión parcialmente disidente. Caso CIADI No. ARB/14/21, *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, 12 de septiembre de 2017, párr. 10-11.

33 HERNÁNDEZ DURÁN, C., LOPES VEIGA, T. Y SILVA, A.: "Ubuntu: The Africa Arbitration Academy Model Bilateral Investment Treaty", *International Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, núm. 11, 2023, disponible en: <https://www.uria.com/en/publicaciones/8497-ubuntu-the-africa-arbitration-academy-model-bilateral-investment-treaty>

“Los Estados receptores deberán garantizar que el marco normativo y/o legislativo interno aplicable a las inversiones imponga a los inversores la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental y social conforme a los criterios señalados en el párrafo I del presente artículo, incluyendo el análisis de los efectos sobre los derechos humanos de las personas ubicadas en las zonas potencialmente afectadas por la inversión, así como el reconocimiento progresivo de esos derechos conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Adicionalmente, el Modelo de TBI contempla la imposición de obligaciones internacionales a los inversores extranjeros en materia de derechos humanos. En este sentido, el art. 10.I establece:

“Los inversores y sus inversiones deberán respetar los derechos humanos en el Estado receptor, incluyendo en el lugar de trabajo y en la comunidad en general. Los inversores y sus inversiones no deberán llevar a cabo ni inducir actos que vulneren dichos derechos”.

Resulta particularmente interesante que el Modelo de TBI proponga, además, la incorporación del concepto africano de *ubuntu* como criterio interpretativo de los tratados bilaterales. El propio texto define este principio en los siguientes términos:

“El principio de *ubuntu* se deriva del conocido proverbio africano *Umuntu ngumuntu nga bantu*, que puede traducirse literalmente como ‘una persona es persona en virtud de lo que otros miembros de la comunidad han hecho por ella’.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

El arbitraje de inversiones se encuentra ante una etapa de revisión crítica en la que se plantea la conveniencia de avanzar hacia una mayor armonización con el conjunto del Derecho internacional. En este contexto, el principio de integración sistémica ofrece una herramienta interpretativa que puede favorecer una lectura más coherente y contextualizada de los tratados de inversión.

El análisis de la práctica arbitral muestra que, si bien algunos tribunales han comenzado a incorporar normas de otras ramas del Derecho internacional -como el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho ambiental o el Derecho internacional del trabajo-, su acogida es todavía desigual. Casos como *Urbaser*, *Philip Morris* o *Tulip* reflejan esfuerzos relevantes en esta dirección, aunque no exentos de ambigüedades y límites en cuanto al alcance de dicha integración. En general, los tribunales parecen más proclives a aceptar estas normas cuando refuerzan la legitimidad de medidas regulatorias estatales que cuando desafían la lógica protectora del régimen de inversiones.

La coexistencia de distintos intereses jurídicos -protección de la inversión, salvaguarda del interés público, respeto de obligaciones internacionales generales- plantea desafíos interpretativos que invitan a adoptar un enfoque más estructural. El principio de integración sistémica, consagrado en el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, proporciona una vía para abordar esta complejidad sin desbordar el marco normativo existente. No se trata de jerarquizar áreas del Derecho internacional, sino de reconocer que los tratados de inversión no operan en el vacío, y que su interpretación debe realizarse teniendo en cuenta el entorno normativo más amplio en el que se insertan.

Reforzar el uso del principio de integración sistémica podría contribuir a reducir los márgenes de fragmentación normativa y dotar al arbitraje de una mayor sensibilidad institucional ante valores compartidos. El hecho de que algunos tribunales hayan comenzado a citar expresamente el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena es un indicio de que se abre camino una práctica interpretativa más contextualizada, aunque su desarrollo futuro dependerá en buena medida del perfil y formación de los árbitros, así como del impulso doctrinal y estatal.

Desde esta perspectiva, integrar normas internacionales relevantes no constituye una desviación del mandato del tribunal, sino una manifestación de la lógica interpretativa que subyace al sistema jurídico internacional en su conjunto. Este enfoque no impone al arbitraje de inversiones un contenido externo, sino que refuerza su coherencia con los compromisos jurídicos generales de los Estados.

Sin necesidad de alterar el diseño estructural del arbitraje de inversiones, el recurso al principio de integración sistémica permite avanzar hacia una interpretación más equilibrada y sistemática. Esto no solo favorece la convergencia entre protección de inversiones y respeto de otros compromisos internacionales asumidos por los Estados, sino que también puede reforzar la legitimidad institucional de la propia institución arbitral en contextos donde su autonomía ha sido objeto de cuestionamiento.

BIBLIOGRAFÍA

AKHAVAN, P.: "The Contribution of Investment Arbitration to the Rule of Law", en AA.VV.: *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* (ed. por A. MENAKER), ICCA Congress Series No. 19 (Mauritius 2016), Kluwer Law International, La Haya, 2017.

ALVAREZ, J. E.:

- "Are Corporations 'Subjects' of International Law", *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011.
- "Is Investor-State Arbitration 'Public'?", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, núm. 3, 2016.
- *The Public International Law Regime Governing International Investment*, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 344, Brill/Nijhoff, La Haya, 2011.

ANZIZU, H. Y REISCH, N.: "Investor-State Disputes, the Climate Emergency, and the Duty to Regulate Fossil Fuels: A Human Rights Perspective", en AA.VV.: *Investment Arbitration and Climate Change* (eds. por A. MAGNUSSON y A. IPP), Kluwer Law International, La Haya, 2023.

BENEDETTELLI, M.: "Determining the Applicable Law in Commercial and Investment Arbitration: Two Intertwined Road Maps for Conflicts-Solving", en AA.VV.: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 37, núm. 3, 2022.

BISCHOFF, J. A.: "Investment arbitration", en AA.VV.: *Encyclopedia of Private International Law* (eds. J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI y P. DE MIGUEL ASENSIO), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2017.

BUTLER, P.: "Human Rights in International Commercial and Investment Arbitration", en AA.VV.: *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (eds. por S. M. KRÖLL, A. K. BJORKLUND y otros), Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

CHEN, R. C.: "Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration", *Harvard International Law Journal*, vol. 60, 2019.

DILLON, T. J.: "The Human Right of Freedom of Expression in Investor-State Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 40, núm. 2, 2023.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones: dos dogmas de la modernidad sometidos a revisión", en AA.VV.: *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica* (coord. por C. ESPLUGUES MOTA y S. BARONA VILAR), Tirant, Valencia, 2020.

FERIA-TINTA, M.: "Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay", *Journal of International Arbitration*, vol. 34, núm. 4, 2017.

FERRERES COMELLA, V.: *The Constitution of Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

GISMONDI, G. E.: "The Principle of Systemic Integration in International Investment Law", en AA.VV.: *International Environmental Law and International Human Rights Law in Investment Treaty Arbitration* (ed. por G. E. GISMONDI), Kluwer Law International, La Haya, vol. 68 de la colección *International Arbitration Law Library*, 2023.

HERNÁNDEZ DURÁN, C., LOPES VEIGA, T. y SILVA, A.: "Ubuntu: The Africa Arbitration Academy Model Bilateral Investment Treaty", *International Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, núm. 11, 2023.

HONGJU KOH, H.: "Global Tobacco Control as a Health and Human Rights Imperative", *Harvard International Law Journal*, vol. 57, 2016.

MCLACHLAN, C.: "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2, 2005.

ZAMBRANA TÉVAR, N.: *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Aranzadi, Pamplona, 2010.



LOS LITIGIOS CIVILES TRANSNACIONALES EUROPEOS: TRASCENDIENDO LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL*

EUROPEAN TRANSNATIONAL CIVIL LITIGATION: TRANSCENDING CORPORATE DUE DILIGENCE

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 926-955

* El presente artículo está basado en la ponencia presentada al Primer Encuentro de Jóvenes investigadores en Derecho internacional privado y sostenibilidad realizado en el marco del proyecto jusost - Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)-CIPROM 2023-64 (GV) y en las investigaciones llevadas a cabo en el marco de la Convocatoria de la Generalitat Valenciana 2024 (BEST) Subvenciones para estancias de personal investigador doctor en centros de investigación radicados fuera de la Comunitat Valenciana, proyecto: El tema de investigación: "Desarrollos prácticos en la transposición de las normas sobre diligencia debida empresarial en sostenibilidad en distintos ordenamientos; en particular: Italia y España".

Maria CHIARA
MARULLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: La responsabilidad civil extracontractual es una vía clave para reclamar compensaciones por daños causados por las empresas, ya sea a través de una responsabilidad directa o indirecta a lo largo de sus cadenas de actividad. En este trabajo partimos de la idea de que el nuevo marco normativo europeo sobre diligencia debida empresarial, aun aportando mejoras procesales en los litigios transnacionales, no puede garantizar, por sí solo, un verdadero acceso a los tribunales. Para garantizar este acceso se necesita la modificación, flexibilización y especialización en materia de Derechos Humanos y protección al medio ambiente de los instrumentos de Derecho Internacional Privado.

PALABRAS CLAVE: Litigios civiles transnacionales; responsabilidad civil extracontractual; diligencia debida empresarial; Derecho internacional privado; tribunales europeos.

ABSTRACT: *Tort liability is a key avenue for claiming compensation for damages caused by companies, either through direct or indirect liability along their chains of activity. In this paper, we start from the idea that the new European regulatory framework on corporate due diligence, while providing procedural improvements in transnational litigation, cannot, by itself, guarantee true access to the courts. In order to guarantee this access, it is necessary to modify, make more flexible and specialize the instruments of Private International Law.*

KEY WORDS: *Transnational civil litigation; tort liability; corporate due diligence; private international law; european courts.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS INICIATIVAS SOBRE LA PREVENCIÓN DE IMPACTOS Y EL CONTROL DE LAS CADENAS DE ACTIVIDADES.- 1. El acceso al remedio a partir de los principios rectores: el plano supranacional y estatal.- 2. En el plano europeo.- III. MEJORAS PROCESALES EN LOS INSTRUMENTOS EUROPEOS PARA EL ACCESO AL REMEDIO.- IV. LA LITIGACIÓN CIVIL INTERNACIONAL EN LA UE, MÁS ALLÁ DE LAS INICIATIVAS DE DILIGENCIA DEBIDA.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Con el aumento de las expectativas sobre la prevención de los impactos negativos sobre derechos humanos y el medioambiente y la rendición de cuentas de las empresas transnacionales por abusos que se verifican a lo largo de sus cadenas de actividad, bruscamente defraudadas con la recién propuesta de la Comisión Europea OMNIBUS¹, el paquete de medidas de simplificación normativa² que afecta diferentes directivas sobre el control de las cadenas de actividades, y plantea también modificar los actos delegados en materia de inversiones sostenibles³, así como el Reglamento del Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono⁴, el panorama normativo regional y estatal para las empresas europeas se ha expandido para abarcar tanto dimensiones internas como extraterritoriales. Esta expansión responde a las repercusiones económicas, ambientales y sociales derivadas de las actividades corporativas que trascienden las fronteras nacionales⁵.

1 COM(2025) 80 final 2025/0044 (COD) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards the dates from which Member States are to apply certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements. Más información en: https://commission.europa.eu/publications/omnibus-i_en.

2 En relación con las obligaciones de diligencia debida, la reciente propuesta OMNIBUS representa un retroceso tanto para hacer efectivas las obligaciones de prevención y control que tendría que ejercer las empresas matrices sobre sus filiales y subcontratados o socios comerciales, más allá de los directos, en terceros países, como en relación con las medidas disuasorias para prevenir violaciones de derechos humanos y daños medioambientales.

3 Más información en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852>.

4 Más información en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/carbon-border-adjustment-mechanism.html?fromSummary=20>.

5 Sobre este tema, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “Un nuevo paso en el camino de la diligencia debida hacia una mayor transparencia de la conducta empresarial: el Reglamento delegado por el que se completa la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la norma de presentación de información no financiera”, en ADROHER BIOSCA, S., CAMPUZANO DÍAZ, B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 315-330.

• Maria Chiara Marullo

Profesora Permanente laboral de Derecho Internacional Privado de la Universitat Jaume I de la UJI. Investigadora principal del grupo emergente de la Generalitat Valenciana: “Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y medio ambiente” e Investigadora en el proyecto “Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y empoderamiento a las víctimas (ACCJUSTEDH)”, financiado por el Instituto Catalán Internacional para la Paz (ICIP). Correo electrónico: marullo@uji.es.

La Unión Europea parecía haber reconocido este aspecto en su abordaje de estos problemas globales⁶, como lo demuestra la formulación de numerosas iniciativas sobre la prevención de ilícitos transnacionales, el control de las cadenas de actividades⁷ y la limitación de demandas fraudulentas que pueden obstaculizar el acceso al remedio a los defensores de derechos humanos⁸. También, del mayor interés resultan las iniciativas relativas a las sanciones por violación de derechos humanos como es el Reglamento 2020/1998⁹ que establece el bloqueo de fondos y recursos económicos de personas físicas o jurídicas, entidades u organismos que sean responsables ilícitos internacionales, abusos graves de los derechos humanos, apoyen tales actos o estén implicados en ellos de cualquier otro modo, y la prohibición de poner fondos y recursos económicos a su disposición, así como de aquellos asociados con las personas físicas o jurídicas, entidades y organismos a los que se impongán.

Cabe mencionar que, en relación con los litigios civiles transnacionales empresas y derechos humanos, los instrumentos europeos antes mencionados, aun incorporando algunos aspectos procesales para mejorar el acceso al remedio, carecen de disposiciones específicas para garantizar la rendición de cuenta aplicables a los supuestos de tráfico externo; es decir de normas sobre competencia judicial internación, sobre la ley aplicable o el reconocimiento y eficacia de sentencia extranjeras¹⁰.

- 6 El proyecto de programa de la Comisión Europea para 2025 contempla una propuesta: "The Omnibus proposals new plan for Europe's sustainable prosperity and competitiveness and un Plan for decarbonisation, sustainability and competitiveness is the Clean Industrial Deal una Bioeconomy Strategy will promote the more circular and sustainable production, use and consumption of biological resources for food, materials, energy and services". Más información en: https://commission.europa.eu/publications/2025-commission-work-programme-and-annexes_en.
- 7 Del mayor interés el documento de trabajo: ¿Cómo armar el rompecabezas? ¿Cómo entender las iniciativas reglamentarias de la UE en materia de empresas y derechos humanos?, del 4 Instituto Danés de Derechos Humanos, 2024. Más información en: https://www.humanrights.dk/files/media/document/2024_05_08_EURRegulatoryMeasuresExplainer_ES_V3.pdf. Sobre este tema, la propuesta de la Comisión y el texto final de la directiva on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702560/EXPO_IDA\(2022\)702560_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702560/EXPO_IDA(2022)702560_EN.pdf). Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81037>. Véanse también LAFARRE, A.: "The proposed corporate sustainability due diligence directive: Corporate liability design for social harms", *European Business Law Review*, 34 2, y GRECO, R.: "Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection?", *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2023.
- 8 Esta iniciativa, que se analizará más adelante, se enmarca en la estrategia "New EU rules to protect against strategic lawsuits against public participation enter into force". Más información en: https://commission.europa.eu/news/new-eu-rules-protect-against-strategic-lawsuits-against-public-participation-enter-force-2024-05-03_en.
- 9 REGLAMENTO (UE) 2020/1998 DEL CONSEJO, de 7 de diciembre de 2020, relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, más información en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020R1998>.
- 10 Sobre este aspecto, MARULLO, M. C.: "Las oportunidades "perdidas" en el proceso de "europeización" de diligencia debida en sostenibilidad corporativa", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 14 (2), 2024, pp. 1-30. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.10853>.

En este artículo, debido a las limitaciones de nuestra investigación, nos centraremos en las mejoras procesales previstas en los instrumentos europeos sobre la prevención y control de las cadenas de actividades y, al mismo tiempo, reflexionaremos sobre el papel de las normas existentes de Derecho Internacional Privado para reducir las barreras legales y procesales para los demandantes ante el foro de la empresa matriz.

II. LAS INICIATIVAS SOBRE LA PREVENCIÓN DE IMPACTOS Y EL CONTROL DE LAS CADENAS DE ACTIVIDADES.

El punto de partida de nuestro análisis son las normas son los Principios Rectores¹¹, instrumentos de *soft law* internacional que ofrecen un marco jurídico para los Estados y el sector privado, sobre las obligaciones internacionales en temas de protección, prevención y rendición de cuenta de los ilícitos internacionales¹² y que han sido la base para la creación de otros instrumentos supranacionales¹³ e internos¹⁴. Las obligaciones y el proceso de diligencia debida delineado por los Principios Rectores¹⁵ han sido ampliamente asimilados en orientaciones promovidas por otros organismos e instituciones internacionales¹⁶. Bajo este enfoque indicamos cómo en el seno de la OCDE¹⁷ fueron adoptadas y han sido

- 11 En relación al análisis de los principios rectores, véanse, CATÁ BACKER, L.: "From Institutional Misalignment to Socially Sustainable Governance: The Guiding Principles for the Implementation of the United Nation's 'Protect, Respect and Remedy' and the Construction of Inter-Systemic Global Governance", *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2011. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1922953, CATÁ BACKER, L.: "Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All", *Fordham Int'l L.J.*, 2015. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol38/iss2/3> y ESTEVE MOLTO, J. E.: "Balance y retos en su décimo aniversario de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de Naciones Unidas", en BATALLER GRAU, J. y BOQUERA MATARREDONA, J. (dirs.): *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de la actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 171-202.
- 12 Sobre este tema, MÁRQUEZ CARRASCO, M. C. y VIVAS TESÓN, I. (coord.): *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus estados miembros*, Navarra, Aranzadi, 2017.
- 13 En el tema de los desafíos actuales de las normas supranacionales y nacionales sobre diligencia debida empresarial, véanse, entre otros, BUENO, N. y BRIGHT, C.: "Implementing human rights due diligence through corporate civil liability", *International and Comparative Law Quarterly*, 69, 4, 2020. METHVEN, O. B. y MARTÍN ORTEGA, O.: "EU Human Rights Due Diligence Legislation: Monitoring, Enforcement and Access to Justice for Victims", *Briefing* núm. 2, European Parliament, 2020.
- 14 SOLÍS PRIETO, C.: "Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas de regulación de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos", *Trabajo y Derecho*, número monográfico 14, 2021. En relación con la experiencia francesa, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "La aplicación de la ley francesa de deber de vigilancia: apuntes para una futura regulación española", *Revista de derecho social*, 99, 2022, 87-116.
- 15 BONNITCHA, J., MCCORQUODALE, R.: "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *European Journal of International Law*, 28, 2017.
- 16 Consejo de Derechos Humanos, Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio, 22 de abril de 2021, A/HRC/47/39. Sobre este tema, entre otros, FASCIGLIONE, M.: "Implementing 'Responsible Business Conduct' Approaches Under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights at the Time of COVID-19", *European papers: a journal on law and integration*, 5, 2020.
- 17 las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales han sido revisadas en diferentes ocasiones (en 1979, 1984, 1991, 2000 y 2011). En la revisión del año 2011, hubo un cambio de paradigma ya que las directrices se alinearon a los UNGP.

recientemente actualizadas¹⁸ un conjunto de directrices globales sobre diligencia debida, así como orientaciones específicas¹⁹, además de documentos sectoriales²⁰. Mencionamos también las normas sobre Desempeño de la Corporación Financiera Internacional²¹ y los Principios de Ecuador del Banco Mundial²².

En relación en el acceso al remedio, los Principios Rectores han concretado algunas medidas/estrategias para fomentar que las empresas domiciliadas o que tengan negocios relevantes en los distintos ordenamientos jurídicos, desarrollen procesos de diligencia debida a lo largo de sus cadenas de valor; como la incorporación de cláusulas de derechos humanos, para mitigar y abordar los riesgos identificados de impactos adversos sobre los derechos humanos y divulgando la información sobre sus operaciones tanto dentro del territorio como extraterritoriales²³. Además, han establecido la obligación de los Estados de velar el cumplimiento y la aplicación efectiva, por parte de todos los actores públicos y privados bajo su jurisdicción, de su legislación en materia de protección y garantía de los derechos humanos, así como exigir a las prestando especial atención a los derechos de los individuos o grupos que puedan correr un mayor riesgo de convertirse en vulnerables o marginados²⁴.

Para cumplir con estas obligaciones, en los últimos 20 años hemos registrados avances importantes ya que muchos países han incluido el enfoque y el proceso delineado en los Principios Rectores, y han creado normas internas vinculantes sobre el seguimiento y vigilancia empresarial²⁵, con la finalidad de paliar la ausencia

18 Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, 2023, más información en: <https://www.oecd.org/publications/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales-sobre-conducta-empresarial-responsable-7abea681-es.htm>.

19 OCDE, El Medio Ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales Herramientas y Enfoques Empresariales, 2006. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264066106-es>.

20 Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado, 2021, más información en: <https://www.oecd.org/development/guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-cadenas-de-suministro-responsables-en-el-sector-textil-y-del-calzado-59ec2bd3-es.htm>. Guía de la OCDE de diligencia debida para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo, 2018, más información en: <https://www.oecd.org/development/guia-de-la-ocde-de-diligencia-debida-para-la-participacion-significativa-de-las-partes-interesadas-del-sector-extractivo-9789264264267-es.htm>.

21 Normas de desempeño sobre sostenibilidad ambiental y social, 2012, más información en: <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/ifcperformancestandardsspanish.pdf>.

22 Los Principios del Ecuador EP4 Julio 2020. Estándar de la industria financiera para determinar, evaluar y gestionar riesgos ambientales y sociales en proyectos. Más información en: https://equator-principles.com/app/uploads/EP4_Spanish.pdf.

23 Human Rights and business – Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States (2016), p.II y sucesivas, en: <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-memberstates.html#:~:text=Building%20on%20the%202011%20UN,by%20business%20enterprises%20and%20also>.

24 Sobre este tema entre otros, ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: “Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la debida diligencia en derechos humanos”, en MARULLO, M. C., SALES PALLARÉS, L. y ZAMORA CABOT, F. J.: *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, A Coruña, Colex, 2023.

25 SUDKOE, V.: “Mandatory Human Rights Due Diligence: From Legal Custom to Lawful Concern”, *Lexis/Nexis*, 2023.

de justiciabilidad directa en las actividades extraterritoriales a lo largo de las cadenas de actividades²⁶.

I. El acceso al remedio a partir de los principios rectores: el plano supranacional y estatal.

En razón de la importancia creciente a nivel internacional del tema de las empresas y los derechos humanos, en 2014²⁷, el Consejo de Derechos Humanos estableció un grupo de trabajo²⁸ intergubernamental con el propósito de desarrollar un tratado internacional jurídicamente vinculante²⁹ para establecer obligaciones de diligencia debida y, al mismo tiempo, facilitar el acceso a mecanismos de reparación en litigios transnacionales y a fortalecer la cooperación internacional, tarea que todavía resulta pendiente en muchos países ya que las respuestas de los Estados dentro del grupo ha sido desigual³⁰. Pero, a pesar de las diferencias sobre la estructura específica que debería adoptar este instrumento, ha surgido un consenso en torno a la complementariedad entre esta iniciativa y los Principios Rectores³¹, así como sobre la necesidad de cerrar las brechas existentes mediante la adopción de una estrategia supranacional que permitiría fortalecer la prevención de ilícitos civiles internacionales, vulneraciones de derechos humanos y daños medioambientales, en el ámbito empresarial y garantizar un acceso más efectivo al remedio a los afectados³².

26 Muy interesante resulta la iniciativa "The case for human rights due diligence laws in the United Kingdom", Este portal reúne los últimos datos, estadísticas y estudios de casos para argumentar a favor de una ley de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en el Reino Unido. Más información en: <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/governing-business-human-rights/the-case-for-human-rights-due-diligence-laws-in-the-united-kingdom/>.

BUENO, N.: *The Swiss Responsible Business Initiative and its Counter-Proposal: Texts and Current Developments*, 2018. Disponible en: <https://blog.journals.cambridge.org/2018/12/07/the-swiss-responsible-business-initiative-and-its-counter-proposal-texts-and-current-developments/>; JENTSCH, V.: "Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative", *EUI Working Papers MWP*, 05, 2018. Disponible en: http://diana-n.iue.it:8080/bitstream/handle/1814/59084/MWP_WP_Jentsch_2018_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

27 Consejo de Derechos Humanos: "establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos". 26° período de sesiones, Tema 6 de la agenda, Examen Periódico Universal, 4 de abril de 2014, A/HRC/26/9, <https://docs.un.org/es/A/HRC/26/9>.

28 Toda la información sobre el grupo de trabajo en: Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>.

29 Para tener una aproximación sobre las negociaciones internacionales del tratado empresas y derechos humanos, véanse, IGLESÍAS MÁRQUEZ, D.: "Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades", *Deusto Journal of Human Rights*, 4, 2019.

30 Sobre este tema, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, 18 de julio de 2017, A/72/162.

31 Sobre este tema y de forma crítica, véanse, entre otros, CATA BACKER, L.: "The guiding principles of business and human rights at a crossroads: the state, the enterprise, and the spectre of a treaty to bind them all", *Working Papers Coalition for Peace & Ethics* núm. 7/1, July 2014. Más información en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2462844.

32 Sobre este tema, Véanse también el White Paper 8 business and human rights, coordinado por Humberto Cantú Rivera y Catherine Pédamon, ADI, 2023, París.

En el año 2016 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una recomendación, CM/Rec³³, en la que se afirmaba la importancia de los Principios Rectores y del proceso de diligencia debida y se invitaban a los Estados a revisar periódicamente su cumplimiento sobre todo en relación con la contratación pública³⁴, los acuerdos comerciales, la promoción de las inversiones y el acceso a la justicia de los posibles afectados por los impactos adversos de las actividades empresariales.

Hablando de la implementación de los principios por parte de los Estados se establecía que los Estados deben establecer medidas concretas para que todas las empresas que estén domiciliadas o que operen dentro de su jurisdicción apliquen igualmente estos principios en todas sus operaciones, sin hacer distinciones de los socios directos o indirectos, reforzando, en consonancia con los Principios Rectores, sus propios mecanismos judiciales y no judiciales y reduciendo los obstáculos a los recursos contra las violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas dentro de su jurisdicción³⁵.

Ahora bien, centrándonos en la responsabilidad civil por ilícitos transnacionales, los Estados deberán garantizar este acceso al remedio introduciendo medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para garantizar que sus tribunales nacionales sean competentes para conocer de las demandas contra empresas domiciliadas en su jurisdicción. Esto significa que deberán también abordar las cuestiones de seguridad jurídica y previsibilidad de la respuesta judicial, las normas de competencia judicial internacional y eliminar los obstáculos como las doctrinas que suponen unas barreras a la hora de entablar demandas civiles, es decir el *forum non conveniens* y *the act of State* y la *Political question*³⁶, y finalmente, estableciendo nuevos foros de competencia judicial garantizando a las víctimas la efectividad de la tutela judicial efectiva, como puede ser el *forum necessitatis*,

33 Human Rights and business – Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States (2016), más información en: <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html#:~:text=Building%20on%20the%202011%20UN,by%20business%20enterprises%20and%20also>.

34 Sobre este tema véase TORNOS, J. et. al.: Guía para la protección y la promoción de los derechos humanos en la contratación pública, Tornos Abogados, 2017. Disponible en: https://reaseuskadi.eus/wp-content/uploads/GUIA_993_WEB_CAST-I.pdf.

35 Human Rights and business – Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States (2016), p.10, en: <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html#:~:text=Building%20on%20the%202011%20UN,by%20business%20enterprises%20and%20also>.

36 Véanse: ZAMORA CABOT, F. J.: "Acceso a la justicia y DD.HH.: la valla del *forum non conveniens* cae en ashef v. Paribas", en PIGRAU I SOLÉ, A. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D. (ed. lit.): *Litigación en materia de empresas y derechos humanos estudio de casos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023. MARULLO, M. C.: "Almost Universal Jurisdiction", *Yearbook of Private International Law*. Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt. 2020.

ampliando el espectro de la legitimación activa³⁷, las acciones en masa o acciones representativas³⁸.

Siguiendo este enfoque, en 2017 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Observación General n.º 24³⁹, en la que estableció las responsabilidades de los Estados, tanto dentro como fuera de sus fronteras, de prevenir también los impactos negativos que las actividades empresariales pueden tener sobre los derechos humanos, haciendo énfasis en el principio de no discriminación y en la necesidad de respetar, proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Para cumplir con su deber de protección, los países deberán, por tanto, desarrollar e implementar marcos normativos y políticas adecuadas. Esto implica establecer mecanismos efectivos de supervisión e investigación, así como asegurar la rendición de cuentas y el acceso a recursos.

En su Observación 26 estableció también: “La obligación de proteger entraña el deber positivo de adoptar medidas legislativas y de otra índole para proporcionar criterios claros a actores no estatales como empresas e inversores privados, en especial en el contexto de adquisiciones y arrendamientos de tierras a gran escala tanto en el país como en el extranjero. Los Estados parte deberán aprobar un marco jurídico que exija a las empresas que ejerzan la debida diligencia en materia de derechos humanos para determinar, prevenir y mitigar las repercusiones negativas de sus decisiones y operaciones en los derechos consagrados en el Pacto”⁴⁰.

Siempre alineadas con el enfoque de los Principios Rectores, el 12 de diciembre de 2019 se concluyeron las Reglas de La Haya sobre Arbitraje Comercial y Derechos Humanos⁴¹, iniciativa se basa en el Reglamento de Arbitraje de 2013 de la Comisión

37 MARULLO, M. C.: “La lucha contra la impunidad: El Foro Necessitatis”, *Indret: Revista para el Analisis del Derecho*, 3, 2015. MARULLO, M. C.: “Acces to Justice and Forum Necessitatis in Transnational Human Rights Litigation”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 1, 2015.

38 Human Rights and business – Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States (2016), p.17 y sucesivas, en: <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html#:~:text=Building%20on%20the%202011%20UN,by%20business%20enterprises%20and%20also.>

39 Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, más información en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-24-state-obligations-under>.

40 Observación general núm. 26 (2022), relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales, párrafo 30. Más información en: <https://docs.un.org/es/E/C.12/GC/26>.

41 “These Rules are based on the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013) (the “2013 UNCITRAL Arbitration Rules”) with changes in order to reflect: (a) The particular characteristics of disputes related to the human rights impacts of business activities; (b) The possible need for special measures to address the circumstances of those affected by the human rights impacts of business activities; (c) The potential imbalance of power that may arise in disputes under these Rules; (d) The public interest in the resolution of such disputes, which may require, among other things, a high degree of transparency of the proceedings and an opportunity for participation by interested third persons and States; (e) The importance of having arbitrators with expertise appropriate for such disputes and bound by high standards of conduct; and (f) The possible

de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁴² y en las reglas de arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje, están adaptadas al contexto de controversias entre empresas y derechos humanos, y que establece un marco para resolver disputas derivadas del impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos. Este marco ha sido diseñado para hacer frente a los obstáculos que encuentran las partes de litigios transfronterizos existentes en los mecanismo existente de resolución de controversias, principalmente los tribunales nacionales, como el riesgo de que el tribunal no tenga capacidad para conocer del litigio, o que el tribunal competente carezca de las herramientas legales y prácticas para tratar cuestiones complejas sobre empresas y derechos humanos, o los riesgos más bien conectados con los problemas procesales en un litigio transnacional, costes, prescripción, pruebas, entre otros⁴³.

Somos de la opinión de que, en vista de las restricciones y obstáculos que de facto limitan la eficacia de las vías judiciales existentes, merecería la pena explorar esta alternativa que podría mejorar el acceso al remedio. Otro factor para tener en consideración es la previsibilidad de la respuesta sustantiva. Como explica Max Ebdon: “Regarding bhr arbitration, the accessibility and predictability of substantive law are the most important factors to consider. These characteristics are particularly important to business and human rights arbitration, as they facilitate a fast and efficient process, something which is at the heart of the Hague Rules, and therefore can minimize costs to the parties and achieve access to justice in a reasonable timeframe. [...] Predictability refers to the ability of the parties and their counsel to have a reasonable prediction about the result of arbitration – this is satisfied where the source of applicable law has clear statements on the issues which are most likely to arise”⁴⁴.

A través de este mecanismo, también las empresas que pertenecen a la cadena de actividades podrían recurrir al arbitraje para exigir a sus socios comerciales el cumplimiento de compromisos contractuales en materia de derechos humanos, previniendo ilícitos a lo largo de la cadena y minimizando los impactos negativos sobre el medio ambiente y los derechos humanos.

need for the arbitral tribunal to create special mechanisms for the gathering of evidence and protection of witnesses”. Más información en: <https://docs.pca-cpa.org/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration.pdf>, p. 13.

42 Más información en: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

43 Sobre este tema, véanse, MAHAJAN, B.: “New kid on the block: an introduction to the Hague Rules on business and human rights arbitration”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 22.2, winter 2021, <https://www.cardozo.jcr.com/volume-222-winter-2021>.

44 EBON, M.: “Is Arbitration the Answer? An Analysis of Applicable Substantive Law under the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration in the Context of the ICT Manufacturing Industry”, en R. ZIEGLER A., CANAPA, D., CARDOZO, M. I.: *Business and Human Rights, Emerging Challenges, Issues, and Trends*, Chapter 12., Brill, 2024, pp. 331–350, en: <https://brill.com/edcollchap-0a/book/9789004715158/BP000017.xml>.

En el plano regional, en 2019 la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó su primer informe temático sobre empresas y derechos humanos⁴⁵. El informe recopila y analiza diversos pronunciamientos emitidos dentro del sistema interamericano sobre la materia, ofreciendo un estudio detallado y evolutivo. Su objetivo es clarificar, estructurar y desarrollar los deberes estatales, así como examinar el impacto de su cumplimiento en las empresas, tomando como referencia la experiencia jurídica interamericana. Este documento resalta el rol de las normas de *soft law*, en particular de los Principios Rectores, como referencia interpretativa de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos y su impacto en los deberes de los Estados para respetar y proteger los derechos humanos en el ámbito empresarial, y adoptar medidas para mitigar los impactos negativos asegurando mecanismos efectivos de reparación.

A nivel interno, entre otros instrumentos en los que los legisladores han plasmado el enfoque y las obligaciones establecidas en los Principios Rectores mencionamos los planes de acción nacionales⁴⁶, que han diseñado medidas efectivas que los Estados deberán activar para garantizar la protección de los derechos fundamentales y el acceso a la justicia⁴⁷, y han tenido y tendrán un importante papel en la implementación de informes para la evaluación de la sostenibilidad empresarial en general y en particular, la social y la ambiental⁴⁸. No obstante, su inclusión no ha sido del todo satisfactoria en muchos países ya que los planes no establecieron obligaciones y responsabilidades concretas para las empresas, no se crearon autoridades estatales para la vigilancia del proceso con posibilidad de sancionar el incumplimiento de las obligaciones y no se realizaron modificaciones legislativas aptas a reducir las barreras legales y procesales existentes en el tema del acceso al remedio⁴⁹. Al margen de los planes nacionales que han tenido una muy limitada

45 Informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”. Más información en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/014.asp>.

46 Para más información sobre los planes nacionales, de gran interés resulta el mapa global del Danish Institute for Human Rights. Más información en: <https://globalnaps.org/>.

47 Sobre el tema del acceso al remedio, resulta indispensable la lectura del informe *Business and human rights-access to remedy*, de la European Union Agency for Fundamental Rights, sobre las barreras legales y procedimentales existentes en el tema de las empresas y los derechos humanos. Más información en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/business-human-rights-remedies>. En el tema de la litigación internacional empresas y derechos humanos para hacer efectivo el acceso al remedio de las víctimas de abusos corporativos, véanse: PIGRAU I SOLÉ, A., IGLESIAS MÁRQUEZ, D. (ed. lit.): *Litigación en materia de empresas y derechos humanos estudio de casos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023. Del mayor interés también el informe de ECCJ: *Suing Goliath: An analysis of civil cases against EU companies for overseas human rights and environmental abuses*, 2021.

48 MÁRQUEZ CARRASCO, C., MARULLO, M. C. y ARENAL, L. (eds.): *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: retos de la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente y derechos de los pueblos indígenas*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

49 Para más información, véanse: *Assessment of Existing National Action Plans (NAPs) on Business and Human Rights*. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/en/publication/assessment-of-existing-national-action-plans-naps-on-business-and-human-rights-2017/>.

eficacia, como hemos evidenciado en nuestros trabajos previos⁵⁰. En muchos países también europeos los legisladores han creado normas sobre el control de la cadena de valor. Entre otra, mencionamos la Ley alemana sobre las obligaciones de diligencia debida de las empresas, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz⁵¹, y la Ley Francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas⁵².

2. En el plano europeo.

Pasando ahora al ámbito regional europeo, las instituciones comunitarias ya en el año 2001 apostaron por una política de responsabilidad social empresarial a través del Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas⁵³. La Unión Europea está interesada en la responsabilidad social de las empresas⁵⁴ en la medida en que puede contribuir positivamente al objetivo estratégico establecido en Lisboa: “convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”⁵⁵.

Sobre el tema de la información y gestión de los riesgos no financieros y un desempeño más sostenible de las empresas europeas en terceros países, las instituciones europeas en los últimos diez años han negociado una serie de iniciativas en las que se han incorporado obligaciones concretas de diligencia debida. Han puesto en marcha un paquete de normas en materia de sostenibilidad, mencionado en las reflexiones previas, que abarcan los derechos humanos y, en algunos casos, también objetivos medioambientales y de gobernanza más amplios para determinados sectores industriales y cadenas de valor.

Mencionamos las iniciativas europeas, como la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera como compromiso de transparencia

50 Sobre este tema, véanse: IGLESIAS MÁRQUEZ, D., DEL VALLE CALZADA, E., MARULLO, M. C.: *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, 2024. Colección Estudios de empresas, derechos humanos y medio ambiente. Colex. También del mayor interés los artículos publicados en la Revista Española de Empresas y Derechos Humanos, editada por Colex, más información en: <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos>.

51 La Ley de diligencia debida en la cadena de suministro, más información en: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Gesetze/Wirtschaft/lieferkettensorgfaltspflichtengesetz.html>.

52 SANGUINETI RAYMOND, W.: “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras”, *Trabajo y Derecho*, núm. 55-56, julio-agosto 2019.

53 Libro Verde Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, Bruselas, 18.7.2001 COM(2001) 366 final. Más información en: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf).

54 Sobre este tema, MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: “El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales la perspectiva de la Unión Europea”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 14, 2021.

55 Presentado por la Comisión, COM (2001) 366 final, más información en: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf)

empresarial⁵⁶; la Directiva (UE) 2022/2464, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, sobre la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas⁵⁷; el Reglamento sobre productos asociados a la deforestación la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal⁵⁸, Reglamento pilas, relativo a las pilas y baterías y sus residuos⁵⁹; la propuesta de Reglamento sobre trabajo forzoso, por la que se prohíben en los mercados los productos realizados con trabajo forzoso⁶⁰; la propuesta para restringir los envases⁶¹; la propuesta sobre el blanqueo ecológico⁶² además los instrumentos dirigidos al mercado de capitales como es el Reglamento (UE) 2020/852 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles⁶³ y la norma sobre proceso de diligencia debida⁶⁴, dirigiéndose a las empresas que controlan o tienen influencia en sus cadenas de valor, tienen la finalidad de fomentar una gestión empresarial más sostenible en términos de derechos humanos y de protección del medioambiente

- 56 Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Texto pertinente a efectos del EEE, en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>.
- 57 Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. Más información en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81871>.
- 58 Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010. Más información en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80809>.
- 59 Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se modifican la Directiva 2008/98/CE y el Reglamento (UE) 2019/1020 y se deroga la Directiva 2006/66/CE. Más información en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-81096>.
- 60 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0453&from=RO>. Véanse también, Trabajo forzoso: el Consejo adopta su posición para prohibir los productos del trabajo forzoso en el mercado de la UE, más información en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/01/26/forced-labour-council-adopts-position-to-ban-products-made-with-forced-labour-on-the-eu-market/>.
- 61 Nuevas normas europeas para reducir, reutilizar y reciclar los envases. Más información en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240419IPR20589/nuevas-normas-europeas-para-reducir-reutilizar-y-reciclar-los-envases>.
- 62 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive), más información en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A0166%3AFIN>.
- 63 Reglamento (Ue) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. Más información en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852>.
- 64 Documento 6533/24,13 March 2024 (OR. en) 7327/1/24 Rev I Limite- Drs 29- Sustdev 38- Compet 264- Codex 668 - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 - Analysis of the final compromise text with a view to agreement: "The proposal aims to set out a horizontal framework to foster the contribution of businesses operating in the single market towards the achievement of the Union's transition to a climate-neutral and green economy in line with the European Green Deal and the UN Sustainable Development Goals", p.2.

en todas las fases del ciclo de producción⁶⁵ y no solamente en las fases y/o actividades que desarrolla directamente la empresa matriz⁶⁶. También del mayor interés resultan las normas para los defensores de derechos humanos en la Directiva (UE) 2024/1069⁶⁷ y en la Directiva 2020/1828⁶⁸, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores⁶⁹.

Ahora bien, en lo que se refiere a las obligaciones de diligencia debida, el paquete de normas antes mencionado se verá afectado por la propuesta OMNIBUS. De hecho, si reflexionamos únicamente sobre el impacto de la propuesta sobre el enfoque basado en el riesgo de la Directiva sobre diligencia debida en sostenibilidad sufrirá un debilitamiento significativo, comprometiendo su objetivo fundamental. En términos generales, las compañías que entran en el ámbito de aplicación de la norma solo tendrán la obligación de identificar riesgos relacionados con los derechos humanos y el medio ambiente en las actividades de sus socios comerciales directos⁷⁰. Además, no estarían sujetas a la exigencia de desvincularse de aquellos socios comerciales en terceros países que continúen incurriendo en violaciones graves de derechos humanos y daños ambientales. La supervisión de los procedimientos de diligencia debida se llevaría a cabo únicamente cada cinco años en lugar de anualmente, lo que reduciría drásticamente

65 HAMPTON, D. B.: "Modern Slavery in Global Supply Chains: can National Action Plan son Business and Human Rights closet the gap?", *Business and Human Rights Journal*, 4, 2019. HUYSE, H., VERBRUGGE, B.: *Belgium and the Sustainable Supply Chain Agenda: Leader or Laggard? Review of human right due diligence initiatives in the Netherlands, Germany, France and EU, and implications for policy work by Belgian civil society*. Leuven, HIVA-KU, 2018.

66 Para tener una visión en conjunto sobre las nuevas iniciativas legislativas en diligencia debida empresarial, véanse: SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. B. (dirs.): *Diligencia Debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Cizur Menor, Thompson Reuters Aranzadi, 2022. BONFANTI, A. y BRINO, V.: "La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida: reflexiones de Derecho del Trabajo y de Derecho Internacional Privado", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 16, 2022. HERNÁNDEZ PERIBÁÑEZ, M. E.: *Diligencia Debida y Derechos Humanos; el acceso a mecanismos de reparación judicial*, A Coruña, Colex, 2022. METHVEN, O. B. y MARTÍN ORTEGA, O.: *EU Human Rights Due Diligence Legislation: Monitoring, Enforcement and Access to Justice for Victims*, Policy Department for External Relations Directorate General for External Policies of the Union, 2020. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603505/EXPO_BRI\(2020\)603505_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603505/EXPO_BRI(2020)603505_EN.pdf). Finalmente, de gran interés el informe de ECCJ, "Comprehensive analysis of EU Commission's proposal for a directive on due diligence", *Due diligence Publication European Access to justice*, 2022.

67 DIRECTIVA (UE) 2024/1069 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»). Más información en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401069.

68 DIRECTIVA (UE) 2020/1828 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020L1828>.

69 LEUPOLD, P.: *Private International Law and Cross-Border Collective Redress – A Legal Analysis of Jurisdiction, Applicable Law, Pendency, Recognition and Enforcement under the Representative Actions Directive 1828/2020*, BEUC, 2022.

70 ECCJ, Press Release Eu Commission's Omnibus proposal is full-scale deregulation designed to dismantle corporate accountability, en <https://corporatejustice.org/news/press-release-eu-commissions-omnibus-proposal-is-full-scale-deregulation-designed-to-dismantle-corporate-accountability/>.

la capacidad de evaluar la efectividad de estas medidas⁷¹. Finalmente, las empresas no estarían obligadas a remediar violaciones severas de derechos humanos a lo largo de sus cadenas de actividades⁷².

III. MEJORAS PROCESALES EN LOS INSTRUMENTOS EUROPEOS PARA EL ACCESO AL REMEDIO.

En este apartado, subrayamos como el legislador europeo ha incorporado, en los instrumentos antes mencionados, una serie de mejoras procesales, que merecen ser analizadas. Con relación a la protección de los defensores de derechos humanos, amenazados por litigios fraudulentos, el legislador europeo ha propuesto un paquete de medidas para limitar las demandas presentadas contra los defensores y mejorar el acceso al remedio de asociaciones y ONGs. En la Directiva (UE) 2024/1069 sobre demandas estratégicas contra la participación pública, encontramos medidas para reducir el impacto de las costas procesales, la desestimación temprana de demandas infundadas y otras medidas correctivas para demandas abusivas, todo ello para frenar el número creciente de demandas estratégicas de empresas transnacionales contra la participación pública⁷³. Ya en el año 2021, el Parlamento Europeo expresaba la necesidad de adoptar medidas legislativas eficaces para desestimar las demandas abusivas y reconocer el derecho al reembolso integral de los costes soportados por el demandado y el derecho a una indemnización por daños y perjuicios⁷⁴. En su art. 15, la Directiva establece también un régimen sancionador para imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias por acciones judiciales abusivas o que limiten la participación pública.

En lo que se refiere a las normas de Derecho Internacional Privado, en particular sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de sentencias, de gran interés es el CAPÍTULO V, los arts. 16 y 17. Según el articulado, los países tendrán que garantizar que se: “Deniegue el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas en terceros países a raíz de una acción judicial contra la participación pública de una persona física o jurídica domiciliada en un Estado miembro, cuando dicha acción se considere manifiestamente infundada o abusiva

71 MARULLO, M. C.: “La UE se debate entre proteger a las empresas o impulsar la sostenibilidad. Spoiler: apuesta por proteger a las empresas”, *Ecoiurasocial*, 2024, en: <https://www.ecoiurasocial.com/la-ue-se-debate-entre-proteger-a-las-empresas-o-impulsar-la-sostenibilidad-spoiler-apuesta-por-proteger-a-las-empresas/>.

72 Plataforma por Empresas Responsables, Declaración Conjunta. La gran desregulación de la UE: la desastrosa propuesta Omnibus socava los compromisos de responsabilidad corporativa de la UE y recorta la protección de los derechos humanos y ambientales, en: <https://empresasresponsables.org/declaracion-conjunta-la-gran-desregulacion-de-la-ue-la-desastrosa-propuesta-omnibus-socava-los-compromisos-de-responsabilidad-corporativa-de-la-ue-y-recorta-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-y-a/>.

73 Para profundizar este tema se aconseja la lectura del artículo: FONT-MAS, M.: “La Directiva (UE) 2024/1069 sobre demandas estratégicas contra la participación pública (AntiSLAPP): aspectos de Derecho Internacional privado”, en ADROHER BIOSCA S., CAMPUZANO DÍAZ B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un Derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 331-350.

74 Considerando 5.

de conformidad con el Derecho del Estado miembro en el que se solicita tal reconocimiento o ejecución”.

Al mismo tiempo, los Estados deberán garantizar que: “Cuando un demandante domiciliado fuera de la Unión haya interpuesto una acción judicial abusiva contra la participación pública contra una persona física o jurídica domiciliada en un Estado miembro ante un órgano jurisdiccional de un tercer país, dicha persona pueda solicitar, ante los órganos jurisdiccionales del lugar de su domicilio, una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido y por las costas en que haya incurrido en relación con el proceso ante el órgano jurisdiccional del tercer país”.

Siguiendo con las mejoras procesales, no podemos dejar de mencionar la Directiva 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores⁷⁵, en la que encontramos mejoras para ampliar el espectro de la legitimación activa y facilitar acciones colectivas transnacionales de los consumidores. Siempre en esta línea de empoderar al consumidor, mencionamos también la Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2024 que ofrece una protección contra las prácticas desleales mediante una mejor información sobre los productos, norma conocida como Directiva contra el *Greenwashing* o *Greenwashing Directive*⁷⁶, y las propuestas de Reglamento sobre productos europeos libres de deforestación⁷⁷ o libres de trabajo forzoso y esclavitud moderna⁷⁸.

Pasando finalmente a la Directiva en sostenibilidad corporativa⁷⁹, esta norma establece, en sus considerandos 16 y 79, que la iniciativa tiene por objeto la reparación de los efectos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las actividades empresariales. Con esta finalidad, los Estados tiene que establecer normas que regulen la: “Responsabilidad civil de las empresas por los daños y perjuicios ocasionados a una persona física o jurídica, siempre que la empresa, de forma deliberada o por negligencia, no haya evitado o mitigado los efectos adversos potenciales, o eliminado los efectos reales o minimizado su alcance, y la persona física o jurídica haya sufrido daños y perjuicios

75 LEUPOLD, P.: cit. *supra* nota 69.

76 Más información en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202400825.

77 Más información en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_5009.

78 Más información en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/11/19/products-made-with-forced-labour-council-adopts-ban/>.

79 DURÁN AYAGO, A.: “Diligencia debida y Derecho Mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo”, en ADROHER BIOSCA S., CAMPUZANO DÍAZ B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un Derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 259-298, y GARCÍA ÁLVAREZ, L.: “Extraterritorialidad y competencia judicial internacional en la Directiva de la UE sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad”, en ADROHER BIOSCA S., CAMPUZANO DÍAZ B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un Derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 299-314.

como consecuencia de ello. [...] La presente Directiva no regula la causalidad en el sentido de la responsabilidad civil, con la excepción de que a las empresas no deben ser consideradas responsables con arreglo a la presente Directiva si los daños y perjuicios son ocasionados únicamente por socios comerciales que formen parte de las cadenas de actividades de las empresas («relación directa» en los términos del marco internacional). Las víctimas deben tener derecho a la plena indemnización por los daños y perjuicios sufridos, de conformidad con el Derecho nacional y en consonancia con este principio común. Deben prohibirse las indemnizaciones por daños y perjuicios disuasorias (indemnizaciones punitivas) o cualquier otra forma de compensación excesiva”.

Al mismo tiempo, en el considerando 82 establece: “Con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, [...] la presente Directiva aborda algunos obstáculos prácticos y procesales para acceder a la justicia a los que se enfrentan las víctimas de efectos adversos, como las dificultades para acceder a las pruebas, la duración limitada de los plazos de prescripción, la ausencia de mecanismos adecuados para las acciones de representación y los costes prohibitivos de los procedimientos de responsabilidad civil”.

Las mejoras procesales las encontramos en el articulado, en particular en el art. 29 “Responsabilidad civil de las empresas y derecho a una indemnización íntegra”⁸⁰. En cuanto a los aspectos procesales, este artículo establece un plazo mínimo de cinco años para presentar demandas, el cual solo comenzará a correr cuando la víctima tenga conocimiento del daño, la infracción y el responsable. Esta disposición es especialmente relevante en casos complejos, como son los litigios transnacionales, donde la recopilación de pruebas puede requerir un tiempo considerable. Asimismo, se fortalece el acceso a la justicia al restringir costes procesales excesivos y permitir la solicitud de medidas provisionales para detener conductas ilícitas. Una de las novedades es la facultad de los tribunales para ordenar la presentación de pruebas en poder de las empresas, siempre que el demandante justifique adecuadamente su solicitud. Este mecanismo contribuye a reducir las asimetrías de información, aunque su aplicación está sujeta a principios de proporcionalidad para evitar abusos y salvaguardar datos confidenciales. Asimismo, la Directiva no restringe la adopción de normativas nacionales o europeas más estrictas, lo que permite a los Estados miembros introducir regulaciones adicionales. No obstante, esta flexibilidad podría derivar en divergencias normativas, dificultando la aplicación homogénea del marco de responsabilidad civil.

80 Art. 29 de la Directiva. Más información en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81037>.

Como hemos anticipado en otras ocasiones⁸¹, una preocupación que ha surgido en torno al art. 29 ha sido el tema de la legitimación activa y de las posibles condiciones para entablar demandas ante un órgano judicial europeo. En la propuesta se establece que una empresa matriz no será considerada responsable si el daño ha sido causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades y las condiciones, para que la responsabilidad exista, son: el incumplimiento, que tendrá que ser negligente o doloso, de las obligaciones de prevención y mitigación/cesación, pero solamente las obligaciones establecidas en los arts. 10 y 11, quedando excluidas las relativas a la lucha frente al cambio climático, y que, como consecuencia de ese incumplimiento, se produzca algún efecto adverso y que este efecto adverso haya provocado un daño.

En la formulación de las condiciones para entablar las demandas, opinamos que podrían nacer dudas razonables que podrían suponer un agravio de condiciones para los demandantes.

Como veremos en el apartado sucesivo, en base a las normas de Derecho Internacional Privado Europeo y a la práctica de nuestros tribunales, para entablar una demanda por ilícitos civiles internacionales es necesario:

1. Establecer una conexión entre el daño y el foro;
2. Respetar el principio de previsibilidad de la respuesta (para el demandado) y
3. Que se respete el principio del buen funcionamiento de la justicia.

La negligencia o intencionalidad en el incumplimiento sería por tanto un requisito de fondo para determinar si la demanda está fundada y el reparto de responsabilidades entre empresas (requisito de fondo y no de legitimidad). Opinamos que, en la formulación del art. 29, el demandante tendrá que anticipar la información sobre la viabilidad de la demanda aportando las pruebas suficientes para que los órganos jurisdiccionales se activen.

Finalizamos este apartado hablando de la infrautilización de los mecanismos de Derecho internacional privado que podrían haberse empleado para mejorar el acceso a la reparación, normas de competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y eficacia de sentencias. Observamos que casi ninguna de las recomendaciones y debates que han tenido lugar a nivel de la UE durante el proceso legislativo de adopción del texto de la Directiva en diligencia debida en sostenibilidad, se proponían medidas de Derecho internacional privado de mayor alcance, incluidas las enmiendas al Reglamento Roma II sobre la ley

81 MARULLO, M.C.: *Lex Social*, cit. *supra* nota 10.

aplicable a las obligaciones extracontractuales por ilícitos internacionales sobre derechos humanos, y el Reglamento Bruselas I bis relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸².

Ahora bien, estos instrumentos, que podrían mejorarse considerablemente, al estado actual, proporcionan la única y efectiva vía de acceso al remedio en los litigios transnacionales sobre empresas y derechos humanos.

IV. LA LITIGACIÓN CIVIL INTERNACIONAL EN LA UE, MÁS ALLÁ DE LAS INICIATIVAS DE DILIGENCIA DEBIDA.

La litigación civil internacional ha constituido un mecanismo jurídico de creciente relevancia en el ámbito del Derecho Internacional Privado y los Derechos Humanos⁸³. Los litigios civiles internacionales han sido y son una vía fundamental para que las víctimas de ilícitos internacionales puedan reclamar una reparación por los daños sufridos, especialmente cuando los sistemas judiciales locales resultan ineficaces o inaccesibles. Al acudir a tribunales extranjeros, estas demandas no solo han facilitado el acceso a la justicia, sino que también han desempeñado un papel clave en la evolución de la jurisprudencia y la doctrina internacional, estableciendo precedentes relevantes sobre la responsabilidad de las empresas en contextos transnacionales.

De hecho, como subrayamos en diferentes publicaciones⁸⁴, cuando hablamos de ilícitos civiles internacionales, un principio de jurisdicción universalmente reconocido es la del lugar donde el acto que ha dado lugar al litigio ha tenido lugar, *Forum delicti comissi*, entendido como el lugar más vinculado con los hechos y las partes del litigio.

Sin embargo, en la práctica, puede ocurrir que en el foro donde ocurrieron los hechos y se verificaron los daños, el sistema judicial no ofrezca las garantías procesales a los demandantes o ser ineficaz en términos de restablecer la situación previa al daño y indemnizar a los posibles afectados. Ahora bien, en estos casos, en el Derecho Internacional Privado, hay otros principios para establecer qué instancia judicial tiene competencia. Cuando hablamos de ilícitos civiles transnacionales

82 RADJA, R., IREM AKIN, S.: "Strengthening the Efficacy of the CSDDD through Private International Law", *European Review of Private Law*, 5-2024, pp. 875-896.

83 Sobre este aspecto, véanse el número especial de la revista Cuadernos Europeos de Deusto, Núm. 63 (2020): Empresas y Derechos Humanos, en el que han participado: Nerea Magallón Elósegui, Francisco Javier Zamora Cabot, María Chiara Marullo, José Luis Iriarte Ángel, María Font-Mas, Pilar Diago Diago, Lorena Sales Pallares, Antonia Durán Ayago y Carmen Agoués Mendizabal. Más información en: <https://ced.revistas.deusto.es/issue/view/246>.

84 ZAMORA CABOT, F. J.: "Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso Vedanta v. Lungowe", *Cuadernos europeos de Deusto*, Ejemplar dedicado a: Empresa y Derechos Humanos, núm. 63, 2020, pp. 33-56.

que ven implicado el sector privado, diferentes ordenamientos han utilizado otros principios para atraer determinados litigios a sus foros. En este aspecto, es notorio el empleo de terminología como jurisdicción extraterritorial sobre ilícitos verificados fuera del foro que está conociendo del litigio y que no tengas otros vínculos muy estrechos con el mismo.

El concepto de jurisdicción extraterritorial en derecho internacional⁸⁵, incluido el ámbito de la legislación sobre derechos humanos⁸⁶, es muy crítico⁸⁷. Esta jurisdicción está vinculada a la competencia específica de un Estado ejercida mediante prescripción, adjudicación o ejecución. La noción de extraterritorialidad está, de hecho, relacionada con el alcance territorial del derecho sustantivo y, por lo tanto, está asociada tanto a la jurisdicción para prescribir como a la jurisdicción para hacer cumplir. Sin embargo, en la práctica, también se emplea para la competencia para juzgar hechos ocurridos en el extranjero cuando los vínculos con el foro son muy tenues.

Ejemplo es la norma estadounidense *Alien Tort Claims Act*⁸⁸, una reserva de jurisdicción de los tribunales federales estadounidenses que se apoya en el derecho de gentes y en un conjunto reducido de conductas contrarias al *jus cogens*, codificada en el *United States Code* en su volumen 28 sección 1350 que prevé: "The district courts shall have jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States". Para su activación, resultan necesarios tres elementos: "Federal subject matter jurisdiction exists for an ATS claim when the following three elements are satisfied: (1) an alien (2) sues for a tort (3) committed in violation of the law of nations"⁸⁹.

El profesor ZAMORA CABOT destaca su carácter excepcional, reflejado en el espíritu de solidaridad que representaba y en su enorme valor al permitir que los tribunales federales de dicho país estuvieran abiertos a extranjeros que fueran víctimas de graves violaciones de derechos humanos en cualquier parte del mundo.

85 MILLS, A.: "Rethinking Jurisdiction in International Law", *British Yearbook of Int'l L.*, 2014, y DODGE, W. S.: "The New Presumption Against Extraterritoriality", *Harvard L. Rev.*, 2020.

86 DEN HEIJER, M., LAWSON, R.: "Extraterritorial Human Rights and the Concept of "Jurisdiction"", in LANGFORD, M. et al. (eds.): *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, y KING, H.: "The Extraterritorial Human Rights Obligations of States", *Human Rights L. Rev.*, 2009, at 521.

87 MARULLO, M. C.: "Almost Universal Jurisdiction", *Yearbook of Private International Law*. Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt. 2020.

88 Sobre este tema, MARULLO, M. C.: "El Alien Tort Claims Act de 1789: Su contribución en la protección de los derechos humanos y reparación para las víctimas", *Working paper ICIP*, 2014/03

89 Establecidos por el Juzgado del décimo primer circuito en la sentencia del 2009 sobre el caso relativo a Sinaltrainal v. Coca-Cola Co. Más información en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/call/06-15851/200615851-2011-02-28.html>.

Esto, por supuesto, siempre que se respetaran los principios constitucionales y el llamado *Due Process* en materia de competencia judicial internacional⁹⁰.

Esta tendencia no se limita a los Estados Unidos se han presentado demandas similares ante los tribunales del Reino Unido, Australia, Canadá y los Países Bajos⁹¹. A falta de un equivalente de la norma estadounidense, estas demandas se han basado normalmente en los principios generales del derecho de responsabilidad civil y en el delito de negligencia en particular o en el principio de *forum necessitatis*⁹², un mecanismo de carácter excepcional; por ello, debería ser regulado y ejercido con claridad con el fin de eliminar los obstáculos de acceso al remedio. Frente a la doctrina del *forum no conveniens*⁹³, que permite a los tribunales no conocer asunto entendiendo que otro foro sea el más conveniente, la doctrina del foro de necesidad permite a un tribunal conocer de una demanda, aun cuando no se cumplan plenamente las pruebas estándar de competencia porque los vínculos con el daño y/o las partes son tenues, si no existe otro foro en el que el demandante pueda razonablemente solicitar reparación.

Cabe mencionar que, para su activación, resultaría necesario el cumplimiento de algunos requisitos como la exigencia de alguna conexión con dicho foro que conocerá el asunto, aunque sea tenue; es decir, la imposibilidad de entablar el procedimiento en el foro donde se verificaron los hechos o en otro foro extranjero que podría ser competente; la razonabilidad de exigir al demandante que entable el procedimiento en otro foro.

Otros principios que permitirían entablar litigios en foros diferentes del lugar donde se verificaron los daños son: el foro donde se produjo un acto u omisión que contribuyó al abuso de los derechos humanos o donde estén domiciliadas las personas físicas o jurídicas que presuntamente hayan cometido un acto u omisión que cause o contribuya a causar dicho daño. El principio del *actor sequitur forum rei*,

90 ZAMORA CABOT, F. J.: "Empresas, derechos humanos y acceso: cruzando -de nuevo- el Atlántico", en ADROHER BIOSCA S., CAMPUZANO DÍAZ B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un Derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 233-258. ZAMORA CABOT, F. J.: "Casos recientes de aplicación del Alien Tort Claims Act (ATCA) of 1789, de los EEUU, respecto de las corporaciones multinacionales", en *Pacis Artes. obra homenaje al Profesor Julio D. Gonzalez Campo, Tomo II, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia*, Euroleaz Editorial, Madrid, 2005.

91 SKINNER, G., MCCORQUODALE, R., DE SCHUTTER O.: *El Tercer Pilar: El acceso a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales*, en: <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5866e2f9e6f2e167acf7bc9c/1483137790532/El-Tercer-Pilar.pdf>

92 NUYTS, A.: *Study on Residual Jurisdiction. Review of the Member States' Rules Concerning the "Residual Jurisdiction" of their Courts in Civil and Commercial Matters Pursuant to the Brussels I and II Regulations*. General Report (2007), accessed September 18, 2017. JÄGERS N., AUGENSTEIN, D.: "Judicial remedies: The issue of jurisdiction.", en ÁLVAREZ RUBIO, J. J., YIANNIBAS, K.: *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, New York: Routledge, 2017, y NWAPI, C.: "Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the Transnational Corporate Actor," *Utrecht Journal of International and European Law*, 30, núm. 78, 2014, pp. 24-43.

93 Véanse: ZAMORA CABOT, F. J.: "Acceso a la justicia y DD.HH.: la valla del *forum non conveniens* cae en Ashef v. Paribas", cit..

Conforme a este principio general, los tribunales de una jurisdicción dada pueden conocer de cualquier caso, siempre y cuando el demandado esté domiciliado en esa jurisdicción, incluso si el presunto acto ilícito se ha cometido en otro Estado.

Bajo este principio estaríamos frente a un litigio civil transnacional ante un tribunal del domicilio de la empresa que hay podido contribuir de forma directa o indirecta al daño y atrayendo al foro las empresas directamente involucradas en los hechos, cuando el daño se haya producido enteramente en el extranjero⁹⁴.

Bajo este principio, en los últimos años el proceso de litigación civil transnacional en la Unión Europea se ha desarrollado determinando la competencia judicial bajo el Reglamento Bruselas I bis, foro del domicilio del demandante y, en términos de litisconsorcio pasivo necesario, para atraer al foro de la empresa matriz, las filiales o subcontratadas vinculadas directamente con el ilícito, se ha recurrido a las normas internas de Derecho Internacional Privado. Una vez identificado el tribunal competente, este debe decidir qué legislación será utilizada para resolver el caso. En este contexto el Reglamento Roma II regula esta etapa en la UE, estableciendo, como regla general, la aplicación de la ley del lugar donde ocurrió el daño. Con relación a los daños ambientales esta elección recaerá entre la ley del país donde ocurrió el daño y la ley del país donde se originó el hecho que causó el daño, según el art. 7. A falta de una disposición específica sobre elección por violaciones de Derechos Humanos, en la praxis de los tribunales europeos se recurrirá a la regla general del art. 4⁹⁵. Finalmente, en la fase de ejecución de la sentencia: Si el tribunal dicta un fallo favorable a los demandantes, este debe ser reconocido y ejecutado en las jurisdicciones donde la empresa tenga bienes o activos, que puede no coincidir con el foro que está conociendo el asunto. Instrumentos como el Reglamento Bruselas Bis, el Convenio de Lugano⁹⁶ o iniciativas en el marco de la Conferencia de La Haya⁹⁷ buscan facilitar este proceso, aunque enfrentan limitaciones importantes.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

Tras haber examinado las iniciativas europeas sobre el control de las cadenas de actividades y prevención de los impactos negativos, sus objetivos y sus funciones reguladoras, y analizado las mejoras procesales que establecen, queda pendiente

94 MARX, A., BRIGHT, C., WOUTERS, J.: *Study on access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries* (Study request by the European Parliament) 2019, DOI:10.2861/ 59434.

95 BRIGHT, C., MARULLO, M., C., ZAMORA CABOT, F. J.: "Private international law aspects of the Second Revised Draft of the legally binding instrument on business and human rights", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 2021, pp. 35-52.

96 Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:22007A1221\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:22007A1221(03)).

97 Convención de 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=137>.

el tema del régimen de la responsabilidad por ilícitos civiles transnacionales y de los mecanismos que permiten a los tribunales conocer estos asuntos, determinar la ley aplicable y ejecutar sentencias extranjeras. El punto de partida es el Derecho internacional privado interno e internacional/regional. En este artículo nos hemos centrado en el ámbito europeo. Algunos ordenamientos jurídicos han determinado la competencia de sus tribunales a través de principios generales o del foro de necesidad, sobre este último aspecto, la práctica de los tribunales nacionales es desigual, lo que genera muchos problemas y obstáculos para las víctimas de abusos corporativos. En otros casos, los demandantes han tenido que ejercer sus acciones por daños y perjuicios basándose en el derecho general de responsabilidad civil.

Somos de la opinión de que, más allá de las normas de diligencia debida, la clave para garantizar un verdadero acceso a los tribunales en los litigios civiles transnacionales sea la modificación⁹⁸, flexibilización y especialización en materia de Derechos Humanos y protección al medio ambiente de los instrumentos de Derecho Internacional Privado⁹⁹. De hecho, la responsabilidad civil extracontractual sigue constituyendo una vía clave¹⁰⁰, y en algunos supuestos la única vía disponible¹⁰¹, para abordar los abusos vinculados a actividades empresariales en terceros países, permitiendo a las víctimas reclamar compensaciones por daños causados, ya sea a través de una responsabilidad directa, es decir cuando la empresa matriz participa activamente en el ilícito, o indirecta, es decir derivada de actos cometidos por filiales, subcontratistas o proveedores a lo largo de su cadena de actividad¹⁰².

Terminamos este artículo con algunas propuestas para garantizar el acceso al remedio. La primera es la introducción del foro de necesidad en el reglamento Bruselas Bis, que unificaría y armonizaría la praxis de los tribunales. Esto no es algo

98 HESS, B., ALTHOFF, D, BENS, T. y ELSNER, N.: "The Reform of the Brussels Ibis Regulation-Academic Position Paper", 2024, [dx.doi.org/10.2139/ssrn.4853421](https://doi.org/10.2139/ssrn.4853421)

99 Sobre el tema de las normas de competencia judicial internacional, véanse, Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation) Final Report, European Commission, 2023, en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4e4370d0-cead-11ed-a05c-01aa75ed71a1/language-en> y MARX, A., BRIGHT, C., WOUTERS, J.: cit. *supra* nota 94. Sobre el tema de la ley aplicable, Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to noncontractual obligations JUST/2019/JCOO_FW_CIVI_0167, The British Institute of International and Comparative Law, 2021, en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/11043f63-200c-11ec-bd8e-01aa75ed71a1>. Entre otros, ENNEKING, L.: *Foreign direct liability and beyond. Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, La Haya, Eleven International Publishing, 2012.

100 Sobre este tema, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los derechos humanos* 1ª ed., Aranzadi, 2023.

101 PIGRAU SOLÉ, A., ÁLVAREZ TORNÉ, M., CARDESA-SALZMANN, A., FONT I MAS, M., IGLESIAS MÁRQUEZ, D., JARIA I MANZANO, J.: *Derechos Humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona, 2016, en: https://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2016/09/DERECHOS_HUMANOS_Y_EMPRESAS_EUROPEAS_ES.pdf.

102 MARULLO, M. C., SALES PALLARÉS, M. L., ZAMORA CABOT, F. J. (dirs.): *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Colex, 2023.

novedoso en nuestra área de conocimiento, ya que, en otros sectores del Derecho Internacional Privado, frente a la imposibilidad para los demandantes de encontrar un foro donde hacer valer sus pretensiones, existe la posibilidad de que otros tribunales conozcan las causas a modo de *forum necessitatis*¹⁰³. Lo que presupone una flexibilidad de los criterios de jurisdicción de carácter excepcional cuando sea imposible identificar un juez competente y se fundamentaría en la tutela de los intereses jurisdiccionales de las personas. Introducir este foro para los casos de abusos corporativos, permitiría luchar contra la impunidad del sector privado¹⁰⁴. En este instrumento normativo se deberían también introducir mecanismos que eviten la búsqueda de foros de conveniencia para las empresas y que protejan los intereses procesales de los defensores de Derechos Humanos.

Finalmente, un apunte en el tema de la Ley aplicable¹⁰⁵. Como hemos evidenciado, el Reglamento Roma II no resuelve las cuestiones de fondo relativas a las violaciones de derechos humanos. Opinamos que, en este caso, este instrumento se podría modificar para introducir una norma concreta sobre violaciones de derechos humanos en la que, entre otros criterios para determinar la ley aplicable, a petición del demandante, el litigio se pueda también regir por la legislación del Estado donde la persona jurídica esté domiciliada.

103 La expresión *forum necessitatis* no resulta desconocida, de hecho la encontramos en algunas fuentes Europeas como: el Reglamento (CE) n. 4/2009 del Consejo del 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, a la ley aplicable, al reconocimiento e a la ejecución de las decisiones y a la cooperación en materia de obligaciones alimentarias, G.U.U.E L 7 del 10.I.2009, p. 1 y el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n. 44/2001 del Consejo, en materia de jurisdicción, del 21.4.2009, COM(2009) 175 def.

104 HESS, B., ALTHOFF, D., BENS, T. y ELSNER, N.: cit. *supra* nota 98.

105 Sobre este tema, véanse, PLA ALMENDROS, R.: "Posibles soluciones de competencia judicial internacional a propósito de la nueva Directiva europea de diligencia debida empresarial", *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, núm. 4, 2025.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: “Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la debida diligencia en derechos humanos”, en MARULLO, M. C., SALES PALLARÉS, L. y ZAMORA CABOT, F. J.: *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, A Coruña, Colex, 2023

BONFANTI, A. y BRINO, V.: “La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida: reflexiones de Derecho del Trabajo y de Derecho Internacional Privado”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 16, 2022.

BONNITCHA, J., MCCORQUODALE, R.: “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *European Journal of International Law*, 28, 2017.

BRIGHT, C., MARULLO, M., C., ZAMORA CABOT, F. J.: “Private international law aspects of the Second Revised Draft of the legally binding instrument on business and human rights”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 2021. 2021.

BUENO, N.: *The Swiss Responsible Business Initiative and its Counter-Proposal: Texts and Current Developments*, 2018.

BUENO, N. y BRIGHT, C.: “Implementing human rights due diligence through corporate civil liability”, *International and Comparative Law Quarterly*, 69, 4, 2020.

CATÁ BACKER, L.:

- “From Institutional Misalignment to Socially Sustainable Governance: The Guiding Principles for the Implementation of the United Nation’s ‘Protect, Respect and Remedy’ and the Construction of Inter-Systemic Global Governance”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2011.
- “Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All”, *Fordham Int’l LJ*, 2015.
- “The guiding principles of business and human rights at a crossroads: the state, the enterprise, and the spectre of a treaty to bind them all”, *Working Papers Coalition for Peace & Ethics*, núm. 7/1, julio 2014.

DEN HEIJER, M., LAWSON, R.: “Extraterritorial Human Rights and the Concept of ‘Jurisdiction’”, in LANGFORD M. et al. (eds), *Global Justice, State Duties: The*

Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

DURÁN AYAGO, A.: "Diligencia debida y Derecho Mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo", en ADROHER BIOSCA S., CAMPUZANO DÍAZ B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un Derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant, 2025.

EBON, M.: "Is Arbitration the Answer? An Analysis of Applicable Substantive Law under the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration in the Context of the ICT Manufacturing Industry", en R. Ziegler A., Canapa, D., Cardozo, M.I.: *Business and Human Rights, Emerging Challenges, Issues, and Trends*, Chapter 12, Brill, 2024.

ENNEKING, L.: *Foreign direct liability and beyond. Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, La Haya, Eleven International Publishing, 2012.

ESTEVE MOLTÓ, J. E.: "Balance y retos en su décimo aniversario de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de Naciones Unidas", en BATALLER GRAU, J. y BOQUERA MATARREDONA, J. (dirs.): *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de la actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2023.

FASCIGLIONE, M.: "Implementing "Responsible Business Conduct Approaches Under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights at the Time of COVID-19", *European papers: a journal on law and integration*, 5, 2020.

FONT-MAS, M.: "La Directiva (UE) 2024/1069 sobre demandas estratégicas contra la participación pública (AntiSLAPP): aspectos de Derecho Internacional privado", en ADROHER BIOSCA S., CAMPUZANO DÍAZ B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un Derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025.

GARCÍA ÁLVAREZ, L.: "Extraterritorialidad y competencia judicial internacional en la Directiva de la UE sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad", en ADROHER BIOSCA S., CAMPUZANO DÍAZ B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un Derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025.

GRECO, R.: "Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection?", *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2023.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "La aplicación de la ley francesa de deber de vigilancia: apuntes para una futura regulación española", *Revista de derecho social*, 99, 2022.

HAMPTON, D. B.: "Modern Slavery in Global Supply Chains: can National Action Plan son Business and Human Rights closet the gap?", *Business and Human Rights Journal*, 2019.

HERNÁNDEZ PERIBÁÑEZ, M. E.: *Diligencia Debida y Derechos Humanos; el acceso a mecanismos de reparación judicial*, A Coruña, Colex, 2022.

HUYSE, H., VERBRUGGE, B.: *Belgium and the Sustainable Supply Chain Agenda: Leader or Laggard? Review of human right due diligence initiatives in the Netherlands, Germany, France and EU, and implications for policy work by Belgian civil society*. Leuven, HIVA-KU, 2018

IGLESIAS MÁRQUEZ, D., DEL VALLE CALZADA, E., MARULLO, M. C.: *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Col·lecció Estudios de empresas, derechos humanos y medio ambiente, Colex, 2024.

IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: "Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades", *Deusto Journal of Human Rights*, 4, 2019

JÄGERS N., AUGENSTEIN, D.: "Judicial remedies: The issue of jurisdiction," en ÁLVAREZ RUBIO, J. J., YIANNIBAS, K.: *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, New York: Routledge, 2017

JENTSCH, V.: "Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative", *EU Working Papers MWP*, 2018, 05.

KING, H.: "The Extraterritorial Human Rights Obligations of States", *Human Rights L. Rev.*, 2009.

LAFARRE, A.: "The proposed corporate sustainability due diligence directive: Corporate liability design for social harms", 34 *2 European Business Law Review*.

LEUPOLD, P.: *Private International Law and Cross-Border Collective Redress – A Legal Analysis of Jurisdiction, Applicable Law, Pendency, Recognition and Enforcement under the Representative Actions Directive 1828/2020, BEUC*, 2022.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.:

- *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los derechos humanos*, 1ª Ed., Aranzadi, 2023.
- "Un nuevo paso en el camino de la diligencia debida hacia una mayor transparencia de la conducta empresarial: el Reglamento delegado por el que se completa la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la norma de presentación de información no financiera", en ADROHER BIOSCA, S., CAMPUZANO DÍAZ, B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025.

MAHAJAN, B.: "New kid on the block: an introduction to the Hague Rules on business and human rights arbitration", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 22.2, Winter 2021.

MÁRQUEZ CARRASCO, M. C., MARULLO, M. C. y ARENAL, L. (eds.): *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: retos de la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente y derechos de los pueblos indígenas*, Pamplona, Aranzadi, 2022

MÁRQUEZ CARRASCO, M. C. y VIVAS TESÓN, I. (coords.): *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus estados miembros*, Navarra, Aranzadi, 2017.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: "El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales la perspectiva de la Unión Europea", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 14, 2021.

MARULLO, M. C.:

- "Acces to Justice and Forum Necessitatis in Transnational Human Rights Litigation", *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 1, 2015.
- "Almost Universal Jurisdiction", *Yearbook of Private International Law*. Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt. 2020.
- "El Alien Tort Claims Act de 1789: Su contribución en la protección de los derechos humanos y reparación para las víctimas", *Working paper ICIP*, 2014/03.
- "La lucha contra la impunidad: El Foro Necessitatis", *Indret: Revista para el Analisis del Derecho*, 3, 2015.
- "La UE se debate entre proteger a las empresas o impulsar la sostenibilidad. Spoiler: apuesta por proteger a las empresas", *Ecoiurasocial*, 2024._

- “Las oportunidades “perdidas” en el proceso de “europeización” de diligencia debida en sostenibilidad corporativa”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 14 (2), 2024.

MARULLO, M. C., SALES PALLARÉS, M. L., ZAMORA CABOT, F. J. (dirs.): *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Colex, 2023.

MARX, A., BRIGHT, C., WOUTERS, J.: *Study on access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries* (Study request by the European Parliament) 2019.

METHVEN, O. B. y MARTÍN ORTEGA, O.: “EU Human Rights Due Diligence Legislation: Monitoring, Enforcement and Access to Justice for Victims”, *Briefing* n°2, European Parliament, 2020.

MILLS, A.: “Rethinking Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of Int’l L*, 2014, y DODGE, W. S.: “The New Presumption Against Extraterritoriality”, *Harvard L. Rev.*, 2020.

NUYTS, A.: *Study on Residual Jurisdiction. Review of the Member States’ Rules Concerning the “Residual Jurisdiction” of their Courts in Civil and Commercial Matters Pursuant to the Brussels I and II Regulations*, General Report, accessed September 18, 2017.

NWAPI, C.: “Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the Transnational Corporate Actor,” *Utrecht Journal of International and European Law*, 30, núm. 78, 2014.

PIGRAU I SOLÉ, A., IGLESIAS MÁRQUEZ, D. (ed.): *Litigación en materia de empresas y derechos humanos estudio de casos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

PIGRAU I SOLÉ, A., ÁLVAREZ TORNÉ, M., CARDESA-SALZMANN, A., FONT I MAS, M., IGLESIAS MÁRQUEZ, D., JARIA I MANZANO, J.: *Derechos Humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, Centre d’Estudis de Dret Ambiental de Tarragona, 2016.

PLA ALMENDROS, R.: “Posibles soluciones de competencia judicial internacional a propósito de la nueva Directiva europea de diligencia debida empresarial”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, núm. 4, 2025.

RADJA, R., IREM AKIN, S.: “Strengthening the Efficacy of the CSDDD through Private International Law”, *European Review of Private Law*, 5-2024.

SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. B. (dirs.): *Diligencia Debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Cizur Menor, Thompson Reuters Aranzadi, 2022

SANGUINETI RAYMOND, W.: "La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas contro-ladoras", *Trabajo y Derecho*, núm. 55-56, julio-agosto 2019.

SOLÍS PRIETO, C.: "Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas de regulación de la debida diligencia empresarial en materia de derechos huma-nos", *Trabajo y Derecho*, núm. monográfico 14, 2021

SKINNER, G., MCCORQUODALE, R., DE SCHUTTER O.: *El Tercer Pilar: El acceso a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales*.

SUKDEO, V.: "Mandatory Human Rights Due Diligence: From Legal Custom to Lawful Concern", *Lexis/Nexis*, 2023

TORNOS J. et. al.: *Guía para la protección y la promoción de los derechos humanos en la contratación pública*, Tornos Abogados, 2017.

ZAMORA CABOT, F. J.:

- "Acceso a la justicia y DD.HH.: la valla del *forum non conveniens* cae en Ashef v. Paribas", en PIGRAU I SOLÉ, A. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D. (ed.): *Litigación en materia de empresas y derechos humanos estudio de casos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- "Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso Vedanta v. Lungowe", *Cuadernos europeos de Deusto*, Ejemplar dedicado a: Empresa y Derechos Humanos, núm. 63, 2020.
- "Casos recientes de aplicación del Alien Tort Claims Act (ATCA) of 1789, de los EEUU, respecto de las corporaciones multinacionales", en *Pacis Artes. obra homenaje al Profesor Julio D. Gonzalez Campo, Tomo II*, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia, Eurolez Editorial, Madrid, 2005.
- "Empresas, derechos humanos y acceso: cruzando -de nuevo- el Atlántico", en ADROHER BIOSCA S., CAMPUZANO DÍAZ B., PALAO MORENO G. (dirs.): *Un Derecho internacional privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo Blanch, 2025.

LA IRRESISTIBLE Y PENDIENTE INTERPRETACIÓN
JURISPRUDENCIAL DE UN DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO EUROPEO EN EL MARCO DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES*

*THE IRRESISTIBLE AND PENDING JURISDICTIONAL
INTERPRETATION OF A EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL
LAW IN THE FRAMEWORK OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 956-985

* El presente artículo está basado en la ponencia presentada al Primer Encuentro de Jóvenes investigadores en Derecho internacional privado y sostenibilidad realizado en el marco del proyecto jusost - Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST) - CIPROM 2023-64 (GV)"

Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB) del Programa estatal de Generación del Conocimiento, financiado por el Ministerio de Economía e Innovación.

Lucas Andrés
PÉREZ MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: Los Derechos fundamentales son una materia históricamente relacionada en esencia con el Derecho internacional público. Sin embargo, en la actualidad, muchas voces reflexionan sobre cómo las grandes convenciones internacionales protectoras de los Derechos fundamentales influyen en el Derecho internacional privado. En el presente trabajo analizamos cómo se produce este influjo en dos diferentes dimensiones del Derecho internacional privado europeo. En primer lugar, en la regulación de las instituciones básicas de la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos. En segundo lugar, en las resoluciones de nuestros Tribunales, en las que en los supuestos más actuales se pronuncian sobre el reconocimiento de los derechos regulado en un Estado miembro en otros que no los admiten en su ordenamiento jurídico, en concreto en la materia de la identidad personal, el matrimonio y la filiación.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Privado; influjo de los Derechos Fundamentales; regulación; STJUE; jurisprudencia evolutiva.

ABSTRACT: *Fundamental rights are a subject historically essentially related to public international law. However, nowadays, many voices are reflecting on how the major international conventions protecting fundamental rights influence private international law. In this paper, we analyse how this influence occurs in two different dimensions of European private international law. Firstly, in the regulation of the basic institutions of international jurisdiction, the applicable law and the recognition and enforcement of judgments and authentic instruments. Secondly, in the decisions of our Courts, in which, in the most current cases, they rule on the recognition of rights regulated in one Member State in others that do not admit them in their legal system, specifically in the areas of personal identity, marriage and filiation.*

KEY WORDS: *Private International Law; influence of Fundamental Rights; regulation; EU Court of Justice rulings; evolving jurisprudence.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL INFLUJO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO PRIVADO.- IV. APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS TRES CONTENIDOS BÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- V. EL NECESARIO CAMBIO DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.- I. En la identidad personal.- 2. En el matrimonio.- 3. En la filiación.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La investigación en el ámbito del Derecho internacional privado ha iniciado una reflexión en la última década sobre la relación de nuestra disciplina con el esquema de regulación y de protección internacional de los Derechos humanos. Tradicionalmente, la visión de la protección de los Derechos humanos siempre estuvo vinculada al Derecho internacional público, y no al Derecho internacional privado, toda vez que la doctrina clásica la consideró más relacionada con obligaciones públicas y estructuras de poder estatal que debía cumplir los Tratados Internacionales de protección de las personas¹. Esta posición incide en que los Derechos humanos tienen un claro esquema de funcionamiento en el que es el Estado el protector de los Derechos más vinculados a la protección pública de la persona, y por ello son los esquemas de Derecho público los que deben responder a las violaciones que sufren las personas en estos marcos de protección².

No obstante, consideramos que en la actualidad esta visión que limita la aplicación de los Derechos humanos al Derecho internacional público está evolucionando hacia una mayor materialización del influjo de las grandes convenciones que protegen los Derechos fundamentales en el ámbito del Derecho internacional privado. Éste siempre ha sido considerado como el sector del derecho que regula

- 1 Sobre el surgimiento de los Derechos humanos actuales, y en especial la Declaración Universal como resultado de los horrores del nazismo y el control del Derecho público de la persecución protagonizada por el Estado, *vid.* MAESTRE CHUST, J. V.: *Los derechos humanos*, Editorial UOC, Barcelona, 2007, p. 19.
- 2 Sobre el contenido esencial de los Derechos humanos y su vinculación histórica con el Derecho público, tanto interno, en el Derecho constitucional, como externo, en el Derecho internacional públicos en la actuación de los Estados, *vid.* MARTÍN HUERTAS, A.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales”. *Revista De Las Cortes Generales*, vol. 75, 2008, pp. 105-190.

• Lucas Andrés Pérez Martín

Profesor Contratado Dr. de Derecho Internacional Privado de la ULPGC. Licenciado en Derecho. Doctor en Derecho. Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología. Diplomado en Derecho Comunitario. Experto en Docencia Universitaria. Director del Área de Derecho Internacional Privado de la ULPGC. Reconocimiento a la excelencia en la docencia en la convocatoria DOCENTIA-ULPGC 2020/2021 (cursos académicos evaluados 17/18 y 18/19). Coordinador de un Proyecto de innovación docente conjunto ULPGC-ULL. Autor de 10 libros de docencia en autoría y coautoría. Autor de 16 artículos doctrinales en revistas científicas y de 41 capítulos de libro de distintas materias de Derecho internacional privado, Derecho de la extranjería y de la nacionalidad. Sus temas de investigación se han centrado en el concepto de residencia habitual en el derecho de familia y sucesiones europeo, los derechos ciudadanos en la integración europea, la migración y el asilo. Un sexenio de investigación activo. Reconocimiento docente por productividad investigadora destacada por la ULPGC en el periodo 2017/2022 y 2018/2023. (lucas.perez@ulpgc.es).

las relaciones o situaciones entre particulares que, en su formación, desarrollo o extensión, trascienden de la esfera personal y espacial de un solo ordenamiento, y están conectadas con otros ordenamientos jurídicos con uno o varios elementos de extranjería³. Su contenido se ha centrado históricamente en tres materias, la competencia judicial internacional para conocer los procedimientos o relaciones con elemento de internacionalidad, la ley aplicable a cada situación jurídica planteada y la ejecución de resoluciones o reconocimiento de documentos públicos extraterritoriales. En dicho contexto inicial de la disciplina, la materia siempre se consideró una materia técnica, de definición del ámbito de aplicación de cada relación jurídica y de aplicación de los criterios que determinaban la competencia, la ley y la ejecución de resoluciones.

Sin embargo, con el paso del tiempo, se ha ido afianzando una visión que relaciona la forma en la que se aplican los criterios de cada uno de estos tres contenidos básicos de nuestra disciplina con los Tratados internacionales de protección de los Derechos fundamentales. En concreto, en el ámbito del Derecho europeo, con dos de ellos, con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴, y del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵. Esta corriente reflexiona sobre el contenido de nuestra disciplina que va más allá de lo técnico, que la observa como un derecho integral en el que las soluciones que el sistema otorga no pueden obviar la forma en la que las mismas reconocen estos Derechos fundamentales de las personas. Y como veremos en el epígrafe quinto de nuestro trabajo, este influjo se plasma de forma muy determinante en el reconocimiento de derechos personales de los ciudadanos de los que disfrutaban en un Estado en los demás. Esto es, en la ejecución de resoluciones y reconocimiento de documentos públicos. Pero no podemos dejar de olvidar cómo informan también la competencia judicial internacional y la ley aplicable, lo que expondremos en el epígrafe cuarto.

Esto es así porque la propia esencia de la naturaleza jurídica del Derecho internacional privado se centra en la regulación de los derechos de las personas en contextos internacionales⁶. Y en esta protección de la persona en situaciones de internacionalidad la vis extensiva del deber de respeto a los Derechos fundamentales de la persona reconocidos en los tratados antes citados es innegable en la aplicación de las instituciones jurídicas de nuestra disciplina. Este influjo se materializa en dos momentos bien diferenciados. Primero, en la propia

3 Vid, GUZMÁN ZAPATER, M. (directora): *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 54.

4 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO C 202 de 7.6.2016.

5 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

6 Vid, RODRÍGUEZ BENOT, A. (director): *Manual de Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2023, p. 20.

aprobación de los instrumentos jurídicos que regulan el Derecho internacional privado. En esta regulación las normas deben respetar principios básicos de la protección de la persona que se relaciona con sus Derechos fundamentales. Esto es, la regulación de los criterios de competencia, ley aplicable y reconocimiento deben estar influidos directamente por el respeto a los Derechos fundamentales de dichas materias, de orden procesal y también material. En segundo lugar, con la forma de su aplicación práctica en las resoluciones por los Tribunales, tanto estatales como internacionales y europeos, cuando resuelven procedimientos en los que el Derecho internacional privado. Estos procedimientos ocurren, en especial en la Unión Europea, en el reconocimiento de los derechos de identidad personal y familia disfrutados en un Estado miembro en los otros con diferente normativa interna, en los que el Tribunal de Justicia han debido pronunciarse en diversas ocasiones y que analizaremos en el presente trabajo. Y en ellos la institución que puede evitar el reconocimiento de estos derechos, la excepción de orden público, puede convertirse en razonable guardián de última instancia de los principios básicos de un ordenamiento jurídico o en injustificada barrera previa para la aplicación de instituciones extranjeras. Ante dicha dicotomía la valoración desde el prisma del respeto a los Derechos fundamentales de la persona es esencial⁷.

Para ello, en nuestro trabajo, un primer momento estudiaremos el influjo general de los Derechos humanos en el DIPr de forma amplia, transversal y holística, tanto en la visión general de la naturaleza de las convenciones sobre Derechos fundamentales como en el análisis de los derechos concretos que protegen estas convenciones. Este estudio lo desarrollaremos en los epígrafes segundo y tercero. En un segundo escalón de nuestra reflexión, en el epígrafe cuarto entramos a conocer cómo ese influjo afecta a cada una de los tres ámbitos básicos del contenido de nuestra disciplina, la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la ejecución de resoluciones. Por último, reflexionaremos sobre casos prácticos paradigmáticos en los que creemos que sí y que no se ha tenido esa visión ampliada de la relación de nuestra disciplina con los Derechos fundamentales por parte de los Tribunales.

II. EL INFLUJO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

En la actualidad existe un debate muy activo en la comunidad jurídica científica del Derecho internacional privado sobre la manera en la que debe evolucionar

7 Sobre esta visión del orden público como ajustado guardián de los aspectos esenciales del sistema jurídico de un Estado o como extralimitada barrera artificial para el reconocimiento de resoluciones extranjeras reflexionaremos en los siguientes apartados. Ahora dejamos señalado, como trabajo general que analiza el orden público en el derecho europeo de familia y sucesiones a DURÁN AYAGO, A.: "Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional en los reglamentos europeos de derecho de familia y sucesiones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, octubre 2021, pp. 1003-1021, pp. 1009-1013 en el estudio del orden público y el respeto a la interculturalidad.

interpretación de la jurisprudencia de nuestros más altos Tribunales en la necesidad de la aplicación de los Derechos fundamentales a nuestra disciplina. La justicia material y los Derechos humanos siempre estuvieron vinculados a nuestra materia, pero en la actualidad cobran una mayor relevancia⁸. Una línea de pensamiento defiende con rotundidad que los Derechos fundamentales deben inspirar la regulación de las relaciones entre privados, incluso en sus conceptos técnicos más jurídicos y más ligados al derecho procesal –competencia judicial internacional- o al derecho material -ley aplicable-, así como al reconocimiento de situaciones privadas internacionales⁹.

Esta interpretación defiende que los valores contemporáneos universales asentados en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y admitidos como válidos para todos ellos han de aplicarse en la regulación de las situaciones jurídicas privadas internacionales. Así, el Derecho internacional privado evoluciona de una disciplina de resolución de conflictos mediante la aplicación de conceptos jurídicos esencialmente de técnica teórica -criterios para determinar la competencia, punto de conexión para la ley aplicable-¹⁰, a uno de aplicación y respeto a los valores universales, que defiende en la aplicación de sus normas principios básicos como la dignidad, vida, libertad, igualdad, no discriminación, buena fe, acceso a la justicia, seguridad jurídica, propiedad, interés superior del menor, elegir tener familia o no, elegir el tipo de familia, poder tener decisión propia sobre la identidad personal y muchos otros¹¹.

Estos autores defienden unos principios básicos. El primero, que acabamos de adelantar, es el de que los Derechos fundamentales alcanzan la regulación estatal e internacional de las relaciones entre privados. No podemos considerar la existencia de un Derecho privado que regule las relaciones entre sujetos y que se extraiga del cumplimiento de los valores esenciales de nuestros ordenamientos jurídicos. Cuando hablamos de la protección de los derechos procesales de las partes, el respeto a la igualdad ante los tribunales, al derecho de defensa, a la creación de un espacio de protección a los más indefensos es un marco de actuación ineludible para los Tribunales, tratamos de principios de inspiración en los tratados sobre Derechos fundamentales. Por otro lado, la autonomía

8 Vid. ZAMORA CABOT, F. J.: “Derecho Internacional Privado y DDHH: Nuevas interacciones”, *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 4, 2021, pp. 2-14, p. 5.

9 Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Método y función del Derecho Internacional Privado: hacia la más plena realización de los Derechos Humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, diciembre 2020, pp. 2-58.

10 Sobre esos criterios más teóricos, por ejemplo, Vid, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Civitas, Pamplona, 2018, pp. 65-106 sobre criterios de competencia judicial internacional en Derecho europeo en Bruselas I bis y 155-160 sobre el concepto de punto de conexión en la ley aplicable.

11 Sobre estos principios centrados en el Derecho de familia, vid. BARATTA, R.: “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016, pp. 103-126.

de la voluntad es esencial para el libre desarrollo de la personalidad, pero una autonomía de la voluntad excesiva y sin control público del vínculo de conexión en derechos que afectan a la persona puede provocar abusos, que generalmente siempre sufren los más vulnerables¹². Por último, la visión del reconocimiento de derechos en la jurisprudencia también debe respetar los valores internacionales esenciales, toda vez que la naturaleza de nuestra disciplina es el de resolver las controversias con un elemento de internacionalidad, y en estos casos uno de los principios fundamentales es el del respeto del valor jurídico de los derechos de las personas en las situaciones internacionales transnacionales.

El segundo de los factores es el de cómo esta visión transversal de la aplicación de valores contenidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos humanos o fundamentales, evoluciona de manera más natural a través de las resoluciones de los Tribunales internacionales especializados. Los altos tribunales europeos resuelven procedimientos en los que se plantean situaciones novedosas, dificultosas, que en ocasiones anteriormente no se habían debido resolver. En los casos de los dos altos tribunales, tanto de aplicación del derecho interno de los Estados acorde a los parámetros de los derechos que protegen, como en el del reconocimiento en los Estados miembros de la UE o firmantes del CEDH de situaciones transnacionales que tienen distintas regulaciones estatales. Y en la aplicación de estos derechos los Tribunales han manifestado que deben ser sensibles a las realidades sociales de cada momento de los Estados en los que se aplica el derecho. Y toda vez que estas realidades sociales avanzan, deben adaptar interpretaciones a momentos y sociedades distintas. Y esto ocurre tanto en el TJUE¹³ como en el TEDH¹⁴.

Por otro lado, la aplicación práctica de los Derechos humanos evoluciona también en los tribunales internos de los Estados de cualquier tipo de ámbito, tanto en los tribunales constitucionales¹⁵ como en los ordinarios. Los tribunales estatales de los Estados miembros de la UE y firmantes del CEDH deben aplicar imperativamente la doctrina de estos Altos tribunales en sus resoluciones internas. Estos Derechos fundamentales no solo son de obligado cumplimiento por las

12 Sobre cómo los Derechos Fundamentales influyen en la Jurisprudencia del TJUE, vid. RIPOL CARULLA, S.: "Los derechos fundamentales, parte del modo de vida europeo. A propósito de la doctrina sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 74, 2023, pp. 11-28.

13 Se puede apreciar la influencia de la Carta no solo sobre el TJUE sino también sobre el TEDH. Al respecto, vid. LÓPEZ GUERRA, L.: "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, mayo-agosto 2020, pp. 385-406.

14 Esta evolución se puede apreciar en un perfil muy práctico en el reciente trabajo de la Jueza del TEDH, ELÓSEGUI ICHASO, M.: "La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, octubre 2022, pp. 375-406.

15 Sobre una visión muy reciente sobre la interpretación evolutiva de los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Constitucional, vid. REY MARTÍNEZ, F.: "Interpretación evolutiva y Derechos Fundamentales mutantes", *Revista de AJURIS*, vol. 51, núm. 157, diciembre, 2024, 599-613.

autoridades públicas, tanto legislativas como administrativas de los Estados, sino que los jueces y magistrados también se ven afectados por esta doctrina, y deben hacer evolucionar la suya si es incompatible con la de los Altos tribunales europeos.

Este conflicto entre los Tribunales estatales y los tribunales europeos es ya clásico y protagonizará un análisis detallado en nuestro epígrafe quinto, en el que exponemos distintas situaciones en la que una interpretación evolutiva de Derechos fundamentales europeos ha hecho modificar la doctrina interna. Pero este conflicto también se traslada a las administraciones públicas de algunos Estados, que también se resisten a la aplicación de esta doctrina cuando considera que ataca su identidad nacional. El carácter de excepcionalidad de la aplicación del orden público¹⁶, que siempre ha de entenderse como una excepción de última *ratio decidendi* de los Tribunales ha sido el gran caballo de batalla de la implantación de una visión progresiva y evolutiva del respeto a los Derechos Humanos en nuestro sistema de Derecho internacional privado europeo, y a él dedicaremos el epígrafe 5 de nuestro trabajo.

Por último, hemos de destacar que esta visión de los Derechos fundamentales en un marco europeo del reconocimiento de los derechos y la integración de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹⁷. Esta lectura similar de los Derechos fundamentales reconocidos por el CEDH y por la CDFUE provoca que los Estados deban adaptar sus estándares legislativos a los criterios generales de interpretación de estos Tratados, so pena de recibir resoluciones condenatorias que dejan negro sobre blanco su voluntad de no respetar la aplicación de los derechos más esenciales en sus ordenamientos jurídicos. Hay supuestos en los que esta falta de aplicación de los estándares internacionales no provocará gran socavo de su posición institucional y jurídica antes las Cortes y sobre todo ante sus ciudadanos. Pero desde el momento en el que esta consideración negativa se dé, en especial en su ciudadanía, los gobiernos de esos Estados se verán más obligados a reaccionar.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO PRIVADO.

Las grandes convenciones internacionales que regulan los Derechos humanos y los Derechos fundamentales tienen una muy directa relación con el directo ámbito de la protección de la persona, tanto en situaciones exclusivamente internas reguladas por los Estados, como en situaciones internacionales. Son los derechos vinculados a la persona, su existencia y su identidad, a la familia, a la infancia, a los servicios públicos en igualdad, a la tutela de los tribunales en el amparo a

¹⁶ Excepción admitida por toda la doctrina pacíficamente. Entre otros, Vid, ORTEGA JIMÉNEZ (DIRECTOR) Y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S.: *Derecho Internacional Privado. Materiales para su estudio*, Sepin, Madrid, 2023, p. 95.

¹⁷ Sobre la finalidad y los efectos de esta integración de la CDFUE vid. TAJADURA TEJADA, J.: "Derechos fundamentales i integración europea", *Estudios de Deusto*, vol. 58/1, enero-junio 2020, pp. 265-285.

sus derechos, y muchos otros. Además, estos grandes tratados internacionales consagran principios universales de obligado cumplimiento por los Estados que los suscriben, que deben respetarlos en su ordenamiento jurídico. Estos son principios como la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, el interés superior del menor, el derecho a tener una familia, la buena fe, el derecho a la propiedad..., reconocidos en todas las latitudes¹⁸. Antes de entrar a analizar cómo estos derechos se plasman en las instituciones de Derecho internacional privado expondremos cuáles son los Derechos que los grandes Tratados universales y regionales que protegen los Derechos humanos reconocen y que podemos relacionar directamente con nuestra disciplina¹⁹.

La CDFUE protege en su art. 7 el respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones. El art. 9 el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia “según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”²⁰. El art. 20 la igualdad ante la ley. El 21 proscribire cualquier tipo de discriminación, tanto por la nacionalidad de los ciudadanos de los EM de la Unión, como en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. El art. 47 regula el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley, a ser oído y tener una resolución en un plazo razonable. El art. 48 protege la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Y el art. 49 el principio de legalidad. La importancia de la CDFUE para la interpretación de todo el Derecho europeo es esencial²¹, pero a su vez también ha influido en la jurisprudencia del TEDH en el constante diálogo entre Tribunales que se produce en ocasiones en Europa²².

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948²³, protege en su art. 7 la igualdad de derechos ante la ley sin distinción alguna, y la no discriminación. En su art. 8 el derecho al recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que le ampare contra actos que violen sus derechos

18 Vid. PÉREZNIETO CASTRO, L.: “El Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos”, *BJV, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM*, 2017, pp. 123-158, pp. 130-144.

19 Por motivos de espacio y del valor instrumental de la cita de los derechos haremos una mera enumeración de los derechos y sus aspectos básicos.

20 El entrecomillado es nuestro por la importancia que tendrá esta aclaración en el desarrollo de este derecho, las materias competencia de la Unión y de los Estados miembro y el concepto de identidad nacional.

21 Tan es así que en 2021 la Unión publicó la ficha temática sobre el ámbito de aplicación de la Carta: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche_thematique_-_charte_-_es.pdf.

22 Se puede apreciar esta influencia en LÓPEZ GUERRA, L.: “La Carta”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, mayo-agosto 2020, pp. 385-406.

23 Declaración universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Sobre el seguimiento de la ONU del cumplimiento de los principios de la Declaración en todos los países del mundo, *vid.* <https://www.ohchr.org/es/countries>.

fundamentales. En el art. 10 el derecho a ser oído ante un Tribunal independiente e imparcial en condiciones de igualdad. El art. 16 protege el derecho al matrimonio y a fundar una familia.

El CEDH²⁴ protege en el art. 6 el derecho a un proceso equitativo, causa oída en un plazo razonable, tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, a una sentencia pública y a la presunción de inocencia. En el art. 8 el derecho al respeto a la vida privada y familiar y a la Jurisprudencia. El art. 12 el derecho a contraer matrimonio “según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. El art. 13 el Derecho a un recurso efectivo. El art. 14 protege el derecho a la no discriminación por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación²⁵.

La CADH²⁶ protege en el art. 8 las garantías judiciales a ser oído, a un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. El art. 9 al principio de legalidad y de retroactividad penal ante penas más leves. El art. 10 el derecho a indemnización. El art. 17 el derecho a la vida privada y familiar; el matrimonio con igualdad de derechos y obligaciones. El art 24 a la igualdad ante la ley prohibiendo expresamente en ambos la discriminación. El art. 25 a la protección judicial, acceso a recurso sencillo y rápido y a una autoridad competente eficaz²⁷.

Al respecto de un aspecto íntimamente ligado a la protección de la persona en el ámbito del Derecho internacional privado, y toda vez que la CIDH tendrá mucha menor atención en nuestro trabajo, citamos la importante Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 24/17, de 24 de noviembre de 2017, tras la consulta de Costa Rica sobre identidad de género²⁸.

24 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

25 Para comprender mejor el CEDH desde una perspectiva constitucional, Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos desde la perspectiva constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, mayo-agosto 2021, pp. 409-423.

26 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero del 1978, Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención.

27 La Jurisprudencia de la CIDH en el ámbito del Derecho Internacional Privado es muy rica, y ha tratado temas sobre identidad personal, respeto a legislaciones de los pueblos indígenas, derechos de los menores a vivir con sus progenitores, sustracción internacional de menores, gestación por sustitución. Nos atrevemos a dejar señalado el evento que en el que la Doctora Verónica Ruiz Abu-Nigm, Catedrática de DIPr de la Universidad de Edimburgo y Presidenta de ASADIP y el Doctor Andrés González Serrano, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada y Líder del Semillero en Derechos Humanos y Litigio Interamericano expusieron su importancia que puede seguirse en: <https://www.colex.es/noticias/colex-open-access-reclamacion-judicial-deudas-internacionales-dentro-union-europea-32966>.

28 Trata sobre las obligaciones estatales en relación al cambio de nombre, la identidad de género y las parejas del mismo sexo (artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24). Se puede consultar en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

En ella la Corte afirma que la Convención protege a todo tipo de familias, no solo la familia tradicional. La prohibición de discriminación de las personas exige que los Estados protejan, de la manera que crean oportuna, el vínculo familiar que se forma entre dos personas del mismo sexo. Se exige igualdad en todos los tipos de familia en el disfrute de derechos patrimoniales, como en los asuntos de impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos, protección social, beneficios laborales, por desempleo, familiares, funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte. Ya veremos en los epígrafes siguientes cómo esta doctrina de la CIDH es también aplicada por el TEDH, en doctrina ya consolidada, y está inspirando algunas posiciones actuales del TJUE.

A modo de corolario podemos indicar que en los tres grandes ámbitos mundiales de protección de los Derechos fundamentales se protegen derechos directamente vinculados con el Derecho internacional privado que la disciplina debe considerar a la hora de aprobar sus normas en los tres ámbitos de su contenido básico. La competencia judicial internacional, la ley aplicable y la ejecución y el reconocimiento de resoluciones.

IV. APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS TRES CONTENIDOS ESENCIALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Así pues, las instituciones clásicas del Derecho internacional privado en las que el legislador da respuesta a cómo regular las situaciones privadas con elemento de internacionalidad, deben observar el cumplimiento de los valores universales de protección de la persona preservados en las grandes convenciones. Tanto en la forma de fijar la competencia judicial internacional, como en los puntos de conexión que nos conducen a la ley aplicable en estas situaciones, como en la ejecución de resoluciones y reconocimiento de derechos, se deben lograr cumplir los valores superiores del ordenamiento presentes en la comunidad internacional a través de la articulación de criterios que los respeten y que logren en resultado final del respeto a los Derechos fundamentales de quienes litigan en el foro y de quienes buscan el amparo a sus derechos fuera de él²⁹.

Ya en un análisis concreto del contenido de nuestra disciplina, los criterios que determinen la competencia judicial internacional deben lograr que no se

29 Sobre esta materialización en distintos ámbitos de nuestra disciplina, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Método y función", *ob. cit.*, p. 58.

produzca una denegación de justicia, de lo que se deriva el cada vez más debatido en la inclusión de su aplicación foro de necesidad para dar satisfacción al acceso a los tribunales, así como la evitación de los foros exorbitantes, que serían ejemplos de evitación de procesos justos³⁰. También la existencia de una justicia predeterminada, libre e independiente, que dé como resultado la previsibilidad del acceso a la justicia internacional por los tipos de foro, lo que también provoca la aparición de la doctrina del *forum non conveniens*³¹. También el acceso real a la tutela judicial efectiva, con la eficacia de la acción ante los tribunales, con el respeto a los derechos de defensa y a los derechos personales en el proceso. Por otro lado, el abuso del derecho y la evitación del fraude procesal, aspecto que ha estado muy vinculado a la regulación histórica sobre la autonomía de la voluntad en el derecho de familia³². Otorgar a las partes una capacidad real de recurso a los distintos conflictos en los que se ven envueltos. La limitación de la inmunidad de jurisdicción y ejecución a procedimientos en los que ciertamente la actuación del Estado plasme el derecho de *imperium*³³. También, en la determinación de los Estados competentes, defender el interés más necesitado, lo que provoca la existencia de foros de protección en ámbitos como el derecho de consumidores, seguros o trabajadores³⁴. Como vemos, el contenido del Derecho internacional privado más formal o técnico, de carácter procesal, que por ello podría llevarnos a pensar, quizás, en que tendría una relación más difusa con los Derechos fundamentales, está muy influenciada y relacionada por ellos³⁵.

La segunda de las cuestiones reguladas por el Derecho internacional privado es el de la ley aplicable a las situaciones jurídicas privadas con un elemento de internacionalidad. Quizás es una institución jurídica en la que en determinados supuestos se aprecia más claramente la lógica del intento de una finalidad concreta,

30 Vid. ARENAS GARCÍA, R.: “Tiempo y valores esenciales del ordenamiento en DIPr”, en AA. VV., *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Dr. José Carlos Fernández Rozas*, (coord. por ALVAREZ ALVAREZ Y OTROS), Civitas, Navarra, 2020, p. 157.

31 Doctrina aplicada por el por el tribunal del distrito central de California en su sentencia de 22 de marzo de 2011 sobre el caso del accidente aéreo sufrido el 20 de agosto de 2008 por un avión de Spanair en el aeropuerto de Madrid-Barajas, en la que el Tribunal entendió que los tribunales españoles son el foro más conveniente para juzgar los hechos. Vid. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C.: “Forum non conveniens revisited: el caso Spanair”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 2, octubre 2011, pp. 267-281.

32 Sobre la función y motivos de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho Internacional Privado de familia, vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho Internacional Privado de Familia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72/1, enero-junio 2020, pp. 103-109, pp. 109-114.

33 Vid. PÉREZ MARTÍN, L. A.: “Doctrina del TJUE sobre la inmunidad de ejecución de las organizaciones internacionales y el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, marzo 2021, pp. 1034-1043.

34 Sobre dichos foros de protección en los ámbitos de los trabajadores, vid. AINCIBURO SERNA, C.: “A propósito de los foros de protección. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2022, asunto C-604/20, *Roi Land Investments Ltd*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2, octubre 2023, pp. 1005-1015.

35 Sobre distintas resoluciones internacionales que han puesto de manifiesto la importancia de los Derechos Humanos en la competencia judicial internacional Vid. ZAMORA CABOT, F. J.: “Derecho Internacional”, cit., pp. 6-10.

porque el legislador puede tener como clara finalidad otorgar a las partes mayor protección o capacidad de decisión en el libre desarrollo de su libertad. En este ámbito, el legislador debe respetar los Derechos fundamentales de las partes dándoles una protección equivalente y permitiendo una relación de la ley aplicable con el procedimiento que sea lógica y razonable. La autonomía de la voluntad de las partes debe ser respetada salvo clara acreditación de perjuicio de tercero o al derecho³⁶. En el derecho de familia y sucesiones la ley aplicable debe dar un resultado lógico al procedimiento, con puntos de conexión relacionados con las partes y con su situación jurídica. En esta materia la aplicación del estatuto personal de los derechos personalísimos es especialmente importante y cualificada, aplicable siempre salvo conflicto de orden público insalvable, lo que veremos en el epígrafe quinto. En el derecho de contratos la ley aplicable ha de ser absolutamente libre en la capacidad de las partes de contratar, pero evitando el abuso de posición predominante de la parte contratante más fuerte.

Por último, en la ejecución de resoluciones y el reconocimiento de documentos públicos es en la materia en la que se aprecia, a nuestro juicio, con mayor claridad, la importancia de aplicar el prisma de los derechos fundamentales en el reconocimiento de derechos entre las personas. En la misma se debe evitar la denegación de la ejecución de resoluciones y de la justicia a personas que necesiten razonablemente hacerlas valer en otros territorios, evitando procedimientos innecesarios o poniéndoles obstáculos no razonables. Se debe intentar conjugar la aplicación de derechos diferentes entre Estados bajo la lupa del cumplimiento de los Derechos fundamentales, evitando que el conflicto de orden público se convierta en una barrera solo fundamentada en la identidad nacional, y sí que sea un guardián de las esencias del ordenamiento jurídico solo para casos excepcionales. La interrelación entre el conflicto de orden público nacional y su relación con el internacional o europeo y el tipo de interpretación que hacemos del mismo debe ser ordenada y equilibrada. Por ello es muy importante la reflexión de cómo afecta a los Derechos humanos el reconocimiento de documentos públicos y la ejecución de resoluciones. Se puede indicar que los Estados demuestran su respeto a los derechos del hombre a través de la admisión de la aplicación en sus ordenamientos jurídicos de normas y de resoluciones externas³⁷.

Más allá de los tres contenidos básicos de nuestra disciplina, poco a poco va abriéndose paso la consideración de la manera en la que interviene en

36 Lo que denota distintos criterios según el ámbito de aplicación de la materia que se esté analizando. Y dándole capacidad a las partes de elegir la ley aplicable en el ámbito, por ejemplo, de la responsabilidad extracontractual una vez surgida la controversia. Vid. REQUEJO ISIDRO, M.: "Elección de la ley aplicable y responsabilidad extracontractual: ¿cambio de orientación en el modelo conflictual?, *Revista de Derecho*. Segunda época, año 8, núm. 8, noviembre 2013, pp. 205-234.

37 Aspecto a destacar en la norma de conflicto. Vid. PÉREZNIETO CASTRO, L.: "La Relación del Derecho Internacional Privado con los Derechos Humanos", *BIOLEX Revista Jurídica del Departamento de Derecho UNISON URC*, Tercera Época Año 8. No 14, enero-junio, 2016, pp. 11-30, p. 20.

situaciones vinculadas al derecho mercantil internacional en las que antes no había participado, como es el de la posible vulneración de los Derechos humanos por la actuación de las empresas transnacionales en el extranjero o su papel en la sostenibilidad del planeta. En lo relativo a sus vulneraciones de Derechos humanos, se han dado supuestos en los que el desequilibrio de poder entre grandes empresas internacionales de carácter global y la difícil situación económica y jurídica de países en vías de desarrollo provoca que se den vulneraciones de Derechos humanos en dichos países que son difícilmente perseguibles. Así, se está imponiendo una interpretación que busca dar respuestas legislativas a la actuación transnacional de las grandes empresas que pueda provocar la lesión de los Derechos fundamentales³⁸, que va dando sus frutos, si bien es necesaria una mayor implicación de los diversos operadores de la comunidad internacional³⁹.

Otro de los aspectos de interés de esta evolución del respeto de los Derechos fundamentales al ámbito de la aplicación de las empresas transnacionales se da en la consideración de que las mismas tienen derechos y obligaciones por su actuar internacional que le son propios, y que hasta el momento parece haberse obviado o no considerado con la intensidad necesaria. Así, si el sistema legal del Estado de su nacionalidad lo permite las empresas transnacionales tienen subjetividad internacional, lo que supone un nuevo esquema de imposición de responsabilidades en su actividad internacional⁴⁰.

También la actuación de las empresas internacionales en el ámbito de la sostenibilidad en el contexto de la Agenda 2030 está en un momento embrionario en el que los grandes tribunales internacionales tienen su misión y que en el futuro podremos ver concretado con una configuración en la que se establezcan unas reglas jurisprudenciales o consuetudinarias en materia de sostenibilidad, al igual que hizo históricamente la Cruz Roja en el ámbito del derecho internacional humanitario consuetudinario⁴¹.

Por todo lo referido defendemos que la aplicación de estos principios básicos de derechos y valores reconocidos en las grandes convenciones universales de los Derechos humanos deben ser imperativamente apreciados por los legisladores y por los tribunales internacionales cuando regulan y aplican el Derecho internacional privado. Con ello lograríamos la aplicación de un Derecho internacional privado

38 Vid. MARULLO, M. C., SALES PALLARÉS, L., ZAMORA CABOT, F. J.: *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Colex, A Coruña, 2023.

39 Vid. ÁLVAREZ TORMÉ, M.: "El Derecho Internacional Privado ante las vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, julio-diciembre 2013 págs. 157-190.

40 Vid. PASCUAL-VIVES, F.: "Debida diligencia corporativa en materia de derechos humanos y sostenibilidad: ¿riesgos u oportunidades?", Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales Número 134/2023, *Real Instituto Universitario de Estudios Europeos*, pp. 1-38, p. 7.

41 Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: "Algunas reflexiones sobre la evolución del Derecho internacional de la sostenibilidad", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, octubre 2024, pp. 633-645.

para todos, no distorsionado, ambicioso, relevante e influyente en la vida real de los ciudadanos. Estos principios universales son mundialmente reconocidos, y en su aplicación nuestra disciplina será más relevante, ya que será más conocida y cercana a todos. En esta aplicación los sistemas deberán aplicar sus principios con una verdadera capacidad de respuesta a las situaciones internacionales diversas, desde la perspectiva del reconocimiento de la realidad intercultural en la que vivimos y desde la humildad de la consideración del valor de otros ordenamientos jurídicos. Esto nos dará lo que la mejor doctrina internacional ha llamado un Derecho internacional privado para todos⁴². Con esta forma de apreciar el Derecho internacional privado cercano a los Derechos humanos nuestra disciplina será más útil para resolver los conflictos que ocurren entre distintos ordenamientos jurídicos desde la perspectiva de una verdadera protección de las personas.

V. EL NECESARIO CAMBIO DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Entrando en los ámbitos específicos de aplicación práctica de todos estos principios en el Derecho internacional privado debemos señalar que esta necesidad se ve muy patente en las resoluciones de nuestros más altos tribunales en el ámbito del derecho de la persona y del derecho de familia, tan importantes en el desarrollo de la personalidad. Es una materia que apreciamos en constante evolución⁴³. En una Unión Europea que tiene Estados miembros con distintos tipos de familia y de formas de reconocer la realidad del colectivo LGTBIQ+ respecto a su identidad y relaciones afectivas, surgen situaciones conflictivas de reconocimiento de la identidad y de los derechos familiares⁴⁴. En estas situaciones también participa en el conflicto el Derecho europeo, y los Derechos fundamentales reconocidos en este ámbito, que deben matizar la forma de resolver el conflicto entre el derecho de los Estados miembros.

Y en esta interpretación jurisprudencial, como hemos señalado hasta ahora, apostamos por la necesidad de una evolución en el análisis de las instituciones clásicas de la disciplina. De una interpretación centrada en los perfiles únicos de nuestra materia, como son los criterios y la forma de determinarlos, interrelación entre criterios, acumulativos, en cascada o de cualquier otro tipo, o construcción básica de las instituciones que matizan la aplicación del derecho extranjero, a otra interpretación más centrada en los valores materiales a los que debemos servir en el imperativo cumplimiento de los Derechos fundamentales. El objetivo

42 Vid. MICHAELS, R., RUIZ ABOU-NIGM, V.: "Towards Private International Law for Everyone", *Max Planck Private Law Research Paper*, núm. 23/14, 2023, pp. 1-18, p. 17.

43 Vid. ESPINAR VICENTE, J. M.: "Las transformaciones sociales de la Institución familiar y el derecho", en AA.VV.: *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, (coord. por GUZMÁN ZAPATER, M., HERRANZ BALLESTEROS, M.), Tirant lo Blanch Valencia, 2018, pp. 17-33.

44 Sobre muy variados aspectos de las cuestiones que suscita en el Derecho europeo la vida familiar internacional, vid. CUARTERO RUBIO, M. V. y BELASCO RETAMOS, J. M.: *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch Valencia, 2021.

no es solo resolver los conflictos de jurisdicción, de leyes o de armonización de resoluciones extranjeras diversas, sino responder a los valores universalistas que son de obligado cumplimiento, en procesos en los que el resultado final de las decisiones no sea un factor claramente secundario. El resultado no solo debe llevarnos a evitar el fraccionamiento jurídico, sino también a que las soluciones finales sean compatibles con el respeto a los Derechos fundamentales de las personas afectadas por ellas. En esta interpretación la idea de justicia es principal, pero no es una justicia abstracta, subjetiva, maleable. Es una justicia objetiva, normativizada, la contenida en los Tratados Internacionales de protección de los Derechos humanos⁴⁵.

Y para ello creemos que debemos prestar especial atención a la actividad judicial. Nuestros tribunales resuelven situaciones internacionales que no siempre están previstas en todos sus detalles y en los que se deben aplicar varios ordenamientos. Son supuestos diversos, originales en los problemas que plantean y que fijan líneas de interpretación que serán seguidas por siguientes resoluciones. La importancia de la jurisprudencia en nuestra disciplina se aprecia en la existencia de numerosos volúmenes⁴⁶ y artículos doctrinales centrados en ella o de su protagonismo en las revistas de nuestra disciplina. En lo relativo a la importancia de las resoluciones, alguna parte de la doctrina ha abogado por un activismo judicial en el que la dignidad del juez provoque la evolución de la dignidad del derecho que aplica. Según se ha escrito, el derecho valdrá en un país y en un momento histórico determinado, lo que valgan los jueces como hombres. El día que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo. Desde esta visión, las sentencias valdrán lo que valgan los hombres que las dicten, porque en palabras del máximo Tribunal de Justicia argentino la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia⁴⁷.

Sin embargo, nosotros estimamos que no debemos llegar tan lejos. No es una cuestión de valentía o de arrojo. No es una cuestión de miedo o de valor y altura personal. Es una cuestión de Derecho. De técnica jurídica. Tan simple como eso. En la aplicación de las instituciones jurídicas básicas del Derecho internacional privado los jueces deben aplicar los Derechos fundamentales, y en los momentos en los que se duda sobre la admisión de la competencia en un supuesto internacional, en la aplicación de un derecho extranjero en el foro, o la validez de una resolución extranjera, el tamiz de los Derechos humanos debe impregnar la toma de decisión por la postura final, en una resolución que tenga en cuenta cómo se cumplen esos valores internacionales en las soluciones finalmente adoptadas por los

45 Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Método y función", *ob. cit.*, pp. 22-24.

46 En este último año, por ejemplo, vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tendencias actuales del Derecho Internacional Privado 2025: el poder de la jurisprudencia en el Derecho internacional privado*, Atelier, Barcelona, 2025.

47 Vid. DREYZIN KLOR, A.: "Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial", *Agenda Internacional Año XIX*, N° 30, 2012, pp. 119-138, p. 138.

jueces. Cuando los jueces y tribunales apliquen ese tamiz simplemente estarán cumpliendo con su labor aplicando los Tratados Internacionales vigentes en sus territorios, incluso cuando apliquen su propio derecho interno en las situaciones en las que conflictúa con el derecho interno y con su identidad nacional⁴⁸.

I. En la identidad personal.

El caso Mirin es el más reciente en el que el TJUE ha resuelto un tema vinculado a la identidad personal, en su sentencia de 4 de octubre de 2024⁴⁹, y quizás en el orden discursivo de nuestro trabajo debería ser analizado más adelante, por la evolución que ha supuesto respecto a las posiciones previas que analizaremos posteriormente en temas vinculados al matrimonio y a la filiación. Sin embargo, en el esquema lógico de nuestra disciplina la identidad personal y el derecho de la persona siempre se analizan, por coherencia con el devenir de la vida de una persona, en el primer lugar⁵⁰. En el tema Mirin el Tribunal analiza un supuesto en el que se estudia la negativa de las autoridades rumanas a inscribir el cambio de género llevado a cabo por un ciudadano rumano inscrito en sus registros civiles como mujer y que realizó la transición en el Reino Unido y estaba inscrito en sus registros como hombre⁵¹.

Como veremos posteriormente, hasta el momento el TJUE ha analizado su doctrina previa sobre el reconocimiento de las situaciones familiares en toda la UE, centrándose básicamente en el ejercicio de la libertad de circulación y residencia reconocida en el artículo 21 del TFUE. Sin embargo, en este supuesto hay más derechos en juego ya que tratamos, como vemos, la identidad de la persona, y cómo dicha identidad es reconocida en toda la Unión. No reconocer la identidad de la que una persona ya disfrutaba en un Estado miembro⁵² implica aspectos muy

48 El conflicto en el Derecho europeo habitualmente se produce en el contrapeso entre las libertades europeas y la identidad nacional. Sobre la identidad nacional como contrapeso de la ciudadanía europea surgida en el Tratado de Maastricht, vid. CRUZ VILLALÓN, P.: "La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, pp. 501-514, p. 503.

49 STJUE de 4 de octubre de 2024, asunto C-4/23, Caso Mirin, ECLI:EU:C:2024:845.

50 Véase el orden habitual de los temarios de los manuales de la disciplina. Por todos, por ejemplo, Vid, ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G., IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: *Derecho Internacional Privado*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. En la parte de familiar y sucesiones, tema 11 el estatuto personal, tema 12 la capacidad, tema 13 el matrimonio y así sucesivamente.

51 M.-A. A es un ciudadano rumano inscrito como mujer en su inscripción de nacimiento en el Registro Civil de Cluj en 1992. Tras trasladarse a vivir en 2008 al Reino Unido y adquirir su nacionalidad en 2016, en 2017 cambió su nombre y su tratamiento, pasando del femenino al masculino, aplicando el derecho británico. Todos sus documentos británicos constan con este nombre y género masculino. En 2020 obtuvo la documentación definitiva británica, que intentó inscribir en el Registro de Cluj en 2021. Las autoridades rumanas lo negaron ya que según la normativa rumana la mención relativa al cambio de identidad de género de una persona solo puede anotarse en su certificado de nacimiento cuando ha sido aprobada mediante una resolución judicial que ha adquirido firmeza. Ante el recurso por dicha negativa alegando la vulneración del Derecho europeo y la doctrina del TEDH sobre la misma materia el tribunal rumano inició el procedimiento prejudicial.

52 Se planteó la existencia del Brexit y si el Reino Unido podía ser considerado en el momento de la inscripción Estado miembro, pero toda vez que lo era cuando se produjo el cambio de género el TJUE consideró que

vinculados al libre desarrollo de su personalidad, conectando con la dignidad de la persona como derecho inherente a la misma y reconocida por todos los tratados de protección de los Derechos humanos⁵³.

Pues bien, en la resolución *Mirin* el tribunal comienza a analizar el supuesto desarrollando la teoría que ya ha asentado, estudiando cómo dicha falta de reconocimiento puede dificultar la libertad de circulación de la persona. Y desde luego concluye en que la falta de inscripción creará dos realidades diversas, con una persona con un nombre y un género en un Estado miembro -que ya dejó de serlo-, y que será reconocido como tal por los Estados miembro que reconocen dicho cambio, y con otra identidad y otro género en el Estado de su otra nacionalidad y de su origen. Este hecho dificultará de forma clara y determinante el ejercicio a la libertad de circulación, y puede provocar problemas en la vida cotidiana, tanto en el ámbito público como privado, y por lo tanto esa falta de inscripción es contraria al Derecho europeo.

Una lectura de la primera parte de la resolución nos hace ser poco optimistas en una interpretación evolutiva del TJUE, porque como citamos siguió la doctrina *Coman* y *Pancharevo*, ya que durante la misma se basa, esencialmente, en la dificultad que le provocaría dicha negativa a la libertad de circulación y de residencia, y no a otros derechos⁵⁴. Y, de hecho, esto puede ser significativo, y si bien el fallo sí que cita el art. 7 de la CDFUE, la libertad que se nombra expresamente en el fallo es únicamente la de libertad de circulación y residencia y no se cita expresamente la vulneración de la intimidad familiar, aunque sí se cite la identidad.

Sin embargo, quizás algo se está moviendo en palacio. El Tribunal, en su sentencia, desarrolla entre los apartados 63 a 68 una completa y encendida defensa de la aplicación del reconocimiento de documentos públicos a la luz del art. 7 de la CDFUE y el 8 del CEDH en su protección a la vida privada y su relación con la identidad sexual de la persona⁵⁵. Sobre el diálogo entre Tratados y Tribunales el TJUE cita expresamente la jurisprudencia del TEDH, en concreto la sentencia de 19 de enero de 2021, *X e Y c. Rumanía*⁵⁶, en la que había señalado que dicho

se debía tener por tal.

53 Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Método y función", *ob. cit.*, p. 44.

54 Recordemos que Rumanía no reconocía anotar el cambio de nombre y de identidad de género, y remitía al ciudadano rumano a un nuevo procedimiento, de tipo jurisdiccional, de cambio de identidad de género en ese primer Estado miembro, que hacía abstracción del cambio ya legalmente adquirido en el otro Estado miembro.

55 Creemos que este hecho no es baladí. El hecho de que las sentencias del TJUE no tengan votos particulares y deban obtenerse todas por consenso provocan que en los acuerdos de los jueces de las salas en ocasiones algunos aspectos del argumentario de la sentencia, más avanzado, no aparezca en el fallo, quizá en un ejercicio de equilibrios entra la redacción del ponente y el acuerdo final de toda la Sala. Sobre el procedimiento ante el TJUE, vid. MOLINA DEL POZO, C. F.: *El tribunal de Justicia de la Unión Europea: procedimiento y recursos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.

56 CE:ECHR:2021:0119JUD000214516. El TJUE afirma que para que esa norma nacional que remite a un procedimiento sea acorde al derecho europeo, no debe hacer excesivamente difícil el ejercicio de los

procedimiento carece de claridad. El TJUE defiende expresamente la oportunidad y necesidad del influjo entre una doctrina y otra, para evitar los efectos negativos para la identidad personal de la negativa a la inscripción del cambio de género.

Opinamos que cuando un ordenamiento jurídico nacional no reconoce las condiciones personales, de nombre, de género, la filiación o la cualidad de cónyuge, no solo vulnera el derecho a la libre circulación sino también provoca una clara discriminación en el disfrute del derecho a la vida privada o familiar y en el caso de los menores en su interés superior⁵⁷. Por ello la resolución es un buen punto de partida argumental para situar en el ámbito material del reconocimiento de la identidad personal y los demás derechos de familia en toda la Unión Europea el influjo de los Derechos Fundamentales. Creemos que la puesta en juego de la identidad de la persona ha sido importante para ello. Y, como veremos justo a continuación, esta situación sí que puede evolucionar si el TJUE asume las posiciones del Abogado General De la Tour en el caso que está pendiente de resolución y que analiza el reconocimiento del matrimonio de dos personas del mismo sexo en un Estado miembro en el Estado miembro de su nacionalidad que no los reconoce, el caso Mazowiecki que vemos justo a continuación.

2. En el matrimonio.

La segunda de las materias en las que el TJUE se ha pronunciado sobre el reconocimiento de situaciones familiares en otros Estados miembros ha sido el matrimonio. Desde 2018 se plasmó el reconocimiento de los efectos de los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en un Estado miembro en otro que no reconozca dicho matrimonio, pero única y expresamente para el ejercicio de su libertad de circulación y residencia, y no para el disfrute de los derechos que esta institución establece tanto en la esfera privada como en la patrimonial o en la pública. Este hecho provoca que matrimonios de personas del mismo sexo en un Estado no lo sean en otro Estado con plenos efectos. El caso inicial que fijó la doctrina del Tribunal fue el caso Coman⁵⁸. En él un ciudadano rumano asistente en el Parlamento europeo quiere residir en Rumanía con su

derechos conferidos por el artículo 21 TFUE y, en particular, el derecho al reconocimiento de dicho cambio, y la normativa rumana sí lo hace.

57 De la misma opinión es la profesora Durán en su reciente trabajo sobre la resolución, DURÁN AYAGO, A.: “De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-4/23, Mirin”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 17, núm. 1, marzo 2025, pp. 1260-1269, p. 1268. En la que concluye con que “Y habiendo dado ya este paso en la sentencia que comentamos, el TJUE consolida su jurisprudencia en lo referido al principio del reconocimiento mutuo, dotándolo de un impulso material nuevo basado en los derechos fundamentales contenidos en la CDFUE, a la espera de que este avance quede cristalizado en algún momento en la legislación europea”.

58 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “¿Matrimonio de personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Comen”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, febrero 2018, pp. 1 y 2; o JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: Coman”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio de 2018, pp. 1-12.

marido, Hamilton, con el que se casó en Bélgica. Las autoridades rumanas solo le permiten residir tres meses, sin ser considerado cónyuge. Ante el recurso de Adrián Coman las autoridades rumanas inician el procedimiento prejudicial⁵⁹.

En el caso Coman el TJUE afirma que la no consideración por Rumanía del matrimonio entre el ciudadano comunitario y el extracomunitario le impedirá al ciudadano comunitario ejercitar en plenitud la libertad de circulación. Por ello dicha falta de reconocimiento es contraria al Derecho europeo, porque el mismo no permite ninguna limitación al ejercicio de la libertad de circulación, libertad esencial en la UE. Esta es la línea seguida, como hemos visto, por la primera *ratio decidendi* de la Sentencia Mirin. Sin embargo, cuando el TJUE analiza el resto de los elementos que entran en juego en la resolución y el reconocimiento en Rumanía de los demás derechos asociados al citado matrimonio, el Tribunal afirma que dichos derechos no deben ser reconocido, pues conflictúan directamente con la identidad nacional rumana que no reconoce el derecho al matrimonio. Con ello respeta la concepción de familia del Estado miembro, ámbito de competencia exclusiva de los Estados, y por lo tanto su identidad nacional. Así pues, se reconoce el derecho al matrimonio para circular, pero en la sentencia Coman para ningún otro efecto.

En el marco del presente trabajo consideramos que dicha doctrina no es una interpretación jurisprudencial que respete los Derechos fundamentales protegidos por la CDFUE. Al igual que citamos anteriormente con la filiación, la libertad de circulación no es el único de los Derechos fundamentales protegidos por la Carta. También lo son el derecho a la vida privada y a la intimidad familiar, a la identidad y el libre desarrollo personal y a la no discriminación, todo ello en grado de igualdad en toda la Unión. Si en Bélgica Coman y Hamilton son matrimonio y no lo son en Rumanía, los citados derechos se ven claramente afectados, y no se pueden disfrutar en plenitud. En tal caso la identidad nacional afecta de forma determinante al disfrute del ciudadano rumano de los derechos reconocidos en la Carta, y por ello, la doctrina del caso Coman sigue siendo una interpretación jurisprudencial que supone un límite al disfrute de los Derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, y urge una jurisprudencia evolutiva del TJUE en el sentido apuntado en el caso Mirin.

59 Relu Adrián Coman es un ciudadano rumano que trabajaba como asistente parlamentario en el Parlamento Europeo. En el año 2010 se casa en Bruselas con Robert Hamilton, ciudadano estadounidense. Hamilton vivía en aquel momento en Nueva York, y por lo tanto tras el matrimonio nunca tuvieron residencia habitual común en Bruselas. Cuando Hamilton acaba su trabajo en el Parlamento Europeo intentan iniciar una nueva vida juntos en Rumanía en 2012. Hemos estudiado este supuesto y su situación actual en la que Coman aún no puede vivir en Rumanía, y a él nos remitimos, en PÉREZ MARTÍN, L. A.: "El caso Coman entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite ilícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE", en JIMÉNEZ BLANCO, P. y RODRÍGUEZ URÍA, I., (directoras), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 259-288.

Esta evolución se situaría en la línea del diálogo entre los Tribunales en el seguimiento de la Jurisprudencia del TEDH dictada en el año 2023 en situaciones similares, de la que la más destacada, por ser la que inició la doctrina fue la STEDH DE 17 de enero de 2023, en el caso Fedotova y otros, vs Rusia⁶⁰. La doctrina del TEDH establece que el reconocimiento legal y de protección esencial de los demandantes como parejas del mismo sexo es un aspecto importante de la identidad de los demandantes, respecto de la cual debe aplicarse un margen del Estado de regular al respecto minorado. La actual situación legal rusa deja a las parejas en un vacío legal que les impide beneficiarse de protección jurídica y los expone a importantes dificultades en su vida diaria. En concreto la imposibilidad de disfrutar de los mismos derechos que las parejas heterosexuales en materia de propiedad, herencia, seguro, filiación y testimonio en procesos civiles o penales, o de acceso a beneficios para la procreación médicamente asistida. Para lograrlo hay “elección de medios”, pero es obligatorio el establecimiento de un “marco legal específico”. Si los Estados no regulan estos derechos incumplen sus obligaciones del CEDH⁶¹. Esta es la línea de la Jurisprudencia que defendemos en este trabajo y que esperamos que realice el TJUE.

El siguiente caso que el Tribunal debe analizar sobre esta materia será el caso Mazowiecki. En él ya no analizamos la libertad de circulación, sino el reconocimiento de los derechos de los matrimonios de personas del mismo sexo, toda vez que este caso el supuesto afecta a dos ciudadanos polacos que solicitan a este Estado miembro de la nacionalidad de ambos, que no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, la inscripción en sus registros del matrimonio celebrado por ambos en Alemania⁶².

60 TEDH, Fedotova y otros c. Rusia. Asunto Sentencia (Gran Sala) de 17 de enero de 2023. Demandas nos. 40792/10, 30538/14 y 43439/14. Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

61 Sobre la Jurisprudencia del TEDH que desarrolla el derecho a la vida privada y familiar de su artículo 8, *vid.* MANZANO BARRAGÁN, I.: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV (2012), 2, pp. 49-78; o SANCHEZ CANO, M. Y SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: “La equidad como valor del orden público europeo y su aplicación en asuntos transfronterizos de derecho de familia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2021, vol. 13, pp. 1070-1085.

62 El Sr. Jakub Cupriak-Trojan, de doble nacionalidad polaca y alemana, y el Sr. Mateusz Trojan, de nacionalidad polaca, contrajeron matrimonio en Berlín (Alemania) el 6 de junio de 2018 y residen en Polonia. Tras contraer matrimonio, el Sr. Cupriak-Trojan añadió a su apellido, de conformidad con la ley alemana, el apellido de su esposo. A raíz de la resolución del Kierownik Urzędu Stanu Cywilnego m.st. Warszawy (encargado de la Oficina del Registro Civil de la ciudad de Varsovia, Polonia), adoptada a instancia del Sr. Cupriak-Trojan, su apellido cambiado por el matrimonio es el mismo en Polonia. Ambos pidieron que se transcribiera su certificado de matrimonio alemán en el registro civil polaco, y mediante resolución de 8 de agosto de 2019, el encargado de la Oficina del Registro Civil de Varsovia, donde se conservan las actas de nacimiento de los Sres. Cupriak-Trojan y Trojan, denegó la solicitud. Consideró que la transcripción de este certificado sería contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico polaco. Esta resolución fue sucesivamente confirmada porque el derecho polaco no lo permitía y el Registro tenía dos casillas, una que ponía hombre y otra mujer. El recurso fue desestimado en la jurisdicción contencioso administrativa que afirmó que ni la Constitución ni las leyes polacas contemplan que puedan coexistir en el orden público nacional matrimonios entre personas del mismo sexo y matrimonios entre personas de distinto sexo. Ante el nuevo recurso el Tribunal Supremo polaco planteó la cuestión prejudicial, en el que citaba los artículos 20 TFUE, pero también 7 y 21 de la CDFUE.

El procedimiento está en curso y en el escrito de conclusiones del Abogado General publicado el 3 de abril⁶³, se recoge inicialmente la doctrina del TJUE, en la que reconoce los matrimonios y la filiación únicamente a los efectos de la libertad de circulación, y el derecho a la identidad a todos los efectos, con lo que inicialmente concede menos reconocimiento a los matrimonios. Sin embargo, sí que da un paso adelante cuando en su apartado 36, tras recoger la doctrina del TEDH por el caso Fedotova y similares afirma que, en el seno de la Unión, “corresponde a los Estados miembros, cuando no establecen o incluso prohíben, en su Derecho nacional, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo, instaurar procedimientos adecuados para que se reconozcan los vínculos que, con tal carácter, se consagran en otro Estado miembro. Procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que tal obligación de reconocimiento no atenta contra la identidad nacional ni amenaza el orden público del Estado miembro de que se trate”. Así pues, si el Tribunal de Justicia asienta esta doctrina estará imponiendo a los Estados miembros a reconocer los efectos jurídicos de los matrimonios de las personas del mismo sexo, aunque no reconozca la institución.

Tras esto el Abogado General reflexiona sobre los medios que tiene Polonia para acreditar la identidad de los esposos y su condición de tales. Y toda vez que el propio Gobierno polaco afirmó que la única manera de hacerlo es inscribiendo el matrimonio, les impone esa obligación de inscripción⁶⁴. Así, en sus conclusiones el Abogado General De la Tour sí evoluciona desde la posición del TJUE en la Sentencia Coman y sobre los efectos de estos matrimonios señala que el Estado miembro de origen de un ciudadano de la Unión debería reconocer los efectos jurídicos del matrimonio celebrado por este en otro Estado miembro con una persona del mismo sexo, incluso en el caso de que la finalidad no sea obtener del primer Estado miembro un derecho de residencia derivado o un documento de identidad o un pasaporte. Para ello cada Estado miembro es competente para definir las modalidades adecuadas para garantizar a las parejas del mismo sexo un reconocimiento oficial que les confiera una existencia y una legitimidad respecto del mundo exterior, pero estos derechos deben ser conferidos.

Como hemos visto, esta sí que es una interpretación que busca una evolución de la Jurisprudencia en la línea señalada en nuestro trabajo, y si el TJUE la confirma

63 Conclusiones Abogado General De la Tour de 3 de abril de 2025, ECLI:EU:C:2025:235.

64 Si hubiese otra manera de acreditarlo no le impondría esta obligación, toda vez que podrían hacer valer sus derechos de otra manera. En el apartado 45 señala que, “Al no existir, en Polonia, soluciones alternativas, como la entrega de cualquier otro documento oficial (58) que pueda ser reconocido por los servicios administrativos de Polonia, la obligación de transcribir el certificado de matrimonio extranjero en un Registro Civil se impone a dicho Estado miembro”. De ello se deriva, apartado 46 que la obligación de inscribir en un Registro Civil un certificado de matrimonio expedido en un Estado miembro no puede, a mi juicio, imponerse a cualquier otro Estado miembro si el matrimonio surte efecto sin necesidad de llevar a cabo esta formalidad.

se habrá iniciado una senda que empieza con Mirin y que sigue con Mazowiecki ciertamente ilusionante.

3. En la filiación.

Las dos resoluciones en las que el TJUE se ha pronunciado sobre el reconocimiento de la filiación quizás llegaron muy pronto, antes de la evolución de la jurisprudencia del TEDH que tras esto ha dado lugar a la del TJUE. Fueron los procedimientos Pancharevo, en el que la menor es nacional de Bulgaria⁶⁵, y Rzecznik⁶⁶, nacional de Polonia, de 2021 y 2022. En ellas dos parejas de mujeres que habían tenido niñas reconocidas en el registro español como hijas de ambas solicitaban su inscripción en los registros civiles búlgaros y polacos⁶⁷.

Pues bien, en sus resoluciones, en ambos casos, el TJUE sigue la línea de argumentación del caso Coman y en ambos asuntos analiza con gran detenimiento la libertad de circulación y residencia⁶⁸ y las obligaciones que impone a los Estados. Sin embargo, desde la perspectiva del reconocimiento de fondo de los derechos de las niñas a ser reconocidas como hijas de sus dos madres reconocidas en España en el Estado de su nacionalidad que no reconoce este derecho, le da una gran trascendencia a la identidad nacional de ambos Estados, que garantiza el lema de la Unión y la pluralidad de opciones sociales. Para el Tribunal la definición de lo que se debe considerar como familia sí está vinculada a las estructuras fundamentales de la sociedad de cada Estado miembro, que es el competente para regularla. Por ello, afirma que los requisitos que los Estados tengan para la inscripción registral no son impedimento para que el Estado, registre a la menor o no, le expida un documento de identidad o un pasaporte para poder documentarla y para que pueda circular por la Unión Europea con su madre búlgara y la otra ascendiente. Porque, en un giro argumental para nosotros difícilmente compatible con la interpretación de los Derechos fundamentales que proponemos, la resolución

65 STJUE 14 diciembre 2021, asunto C-490/20, Caso Pancharevo, ECLI:EU:C:2021:1008.

66 Auto TJUE 24 junio 2022, asunto C-2/21, Caso Rzecznik, ECLI:EU:C:2022:502.

67 En el caso Pancharevo, que tomamos como base por ser similares, el matrimonio formado por una mujer búlgara (VMA) y otra británica (KDK) residentes en Barcelona solicitan en diciembre de 2019 inscribir a su hija reconocida en España (SDKA) ante las autoridades del registro municipal de Sofía, Bulgaria, con los mismos datos de la inscripción del Registro civil español. El registro de Sofía exigió a la madre que acreditase que era la madre biológica para inscribirla únicamente como hija suya, toda vez que su derecho no admite ni el matrimonio homosexual ni la maternidad de dos mujeres de una niña. El 5 de marzo de 2020 el Ayuntamiento resolvió contra la solicitud de VMA y denegó la expedición del certificado de nacimiento dado que no tenía información de la identidad de la madre biológica de la niña y por el hecho de que la mención en un certificado de nacimiento de dos progenitores de sexo femenino era contraria al orden público de la República de Bulgaria, que no permite ni el matrimonio ni la filiación entre dos personas del mismo sexo. Ante el recurso el tribunal administrativo de Sofía inicia la cuestión prejudicial. Conclusiones de 11 de enero de 2028, ECLI:EU:C:2018:2.

68 Para un análisis general de la libertad, vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “Libre circulación de personas por el territorio comunitario”, en VV. AA., *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, (Coord. por GARCÍA MURCIA, J.), Jurua editorial, Lisboa, 2016, pp. 37 a 69, p. 48 a 62; o ELVIRA PERALES, A.: *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 19 a 35.

no obliga a que los Estados reconozcan a las dos mujeres como madres, sino que señala que debe permitirle circular con su madre búlgara, y también con la otra madre reconocida en España. Sin embargo, toda vez que el derecho búlgaro no reconoce la maternidad de las dos mujeres, esa otra madre ha de ser considerada como “ascendiente directa” de la niña a los efectos del ejercicio de la libertad de circulación, pero no respecto al resto de derechos derivados de la filiación. De hecho, la resolución señala que la menor tendrá derecho a circular por toda la Unión Europea “con esas dos personas”.

Esta solución en la que solo obliga a los Estados que no admiten la homoparentalidad a reconocer el ejercicio de la libertad de circulación de las niñas con las dos mujeres con las que tienen relación familiar en España, pero sin reconocer el resto de los efectos y derechos de esta relación familiar⁶⁹, suponen una clara falla en la interpretación del Derecho internacional privado en clave de Derechos humanos que proponemos⁷⁰. Esta falta de reconocimiento de los derechos de maternidad de la “segunda” madre en los Estados que no reconocen la filiación viola claramente el interés superior de la menor; las relaciones familiares entre las tres personas, el derecho de asistencia familiar o el deber del Estado de proteger a la menor. Esta falta de reconocimiento pone en duda cómo se están respetando los derechos de la CDFUE a la vida privada y familiar, a la educación y al desarrollo de la menor; a la no discriminación y a que todas las decisiones de los Estados miembros sean respetuosas con el interés superior de los menores y urge una evolución de la misma en la línea que hemos defendido en el presente trabajo.

VI. CONCLUSIONES.

Los Derechos Fundamentales, históricamente considerados en el ámbito del Derecho internacional público, amplían progresivamente su influjo en otras disciplinas de la ciencia jurídica. En la actualidad el Derecho internacional privado se ve influenciado por la regulación de la protección de esos derechos a nivel internacional, en una evolución de lo traslada de la consideración de un Derecho técnico, concreto, centrado únicamente en instituciones jurídicas propias, criterios de competencia, norma de conflicto, aplicación del derecho extranjero, a un derecho universalista, de los valores y que debe prestar especial interés al resultado final de las situaciones privadas que regula.

69 Apartados 57 de la sentencia y 45 del auto: “En efecto, tal obligación no supone que el Estado miembro del que es nacional la menor contemple en su Derecho nacional la parentalidad de personas del mismo sexo ni que reconozca, con fines distintos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a la menor, el vínculo de filiación entre ella y las personas mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento emitido por las autoridades del Estado miembro de acogida”.

70 Estudiamos el supuesto con mayor detenimiento y este trabajo nos remitimos, en; PÉREZ MARTÍN, L. A.: “Doctrina del TJUE en Pancharevo y Rzeznik: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2022, pp. 483–514, pp. 501-505.

Este resultado debe respetar los Derechos fundamentales de las personas a las que se le aplica el Derecho internacional privado. En una perspectiva material estos derechos son el derecho a la vida, a la intimidad personal y familiar; los efectos del matrimonio, a la vida en familia, a la igualdad y a la no discriminación. En una perspectiva más procesal, el derecho a la legalidad, a la tutela judicial efectiva, al acceso útil y razonable a la justicia, el derecho de defensa y de recurso, y finalmente el reconocimiento de sus derechos en todos los Estados salvo causas excepcionales.

El Derecho internacional privado debe respetar estos derechos en dos momentos esenciales. En la regulación de sus instituciones básicas, y en la aplicación práctica de dicha regulación por los Tribunales. En la competencia judicial internacional en el acceso a la justicia predeterminado, seguro y razonable que evite la denegación de la justicia y el uso de foros abusivos. En este ámbito juegan un papel determinante el foro de necesidad, la inexistencia de foros exorbitantes, y el *forum non conveniens*. También el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva plena y la existencia de foros de protección de la parte más débil. En la ley aplicable la finalidad de logro de una justicia equilibrada y la aplicación de una norma con conexión razonable con el supuesto atendiendo al ámbito de aplicación que regula. El libre desarrollo de la personalidad exige dar valor a la autonomía de la voluntad en la elección de la ley, pero la protección del interés más necesitado le da a la misma un carácter limitado y controlado por el legislador en ámbitos como el derecho de familia. El valor de la diversidad y de la igualdad nos da a la ley aplicable al estatuto personal un interés específico y es importantísima la aplicación restrictiva de la excepción de orden público para el no reconocimiento de estatutos personales y familiares ya reconocidos en los Estados de residencia de las personas.

Por último, muy vinculada a la práctica judicial encontramos la aplicación de estos Derechos fundamentales a la ejecución de resoluciones y el reconocimiento de documentos públicos. Estos deben evitar la falta de reconocimiento de los derechos de las personas más vinculados a su realidad personal, en especial el derecho a la identidad y los derechos familiares más básicos. Se deben aplicar los derechos nacionales bajo la lupa del cumplimiento de los Derechos fundamentales, evitando que el conflicto de orden público se convierta en una barrera cuya única finalidad es la salvaguarda de una desmedida identidad nacional, y que sí sea un guardián de las esencias básicas del ordenamiento jurídico solo para casos excepcionales.

La aplicación de estos Derechos fundamentales ha provocado que en la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales se haya apreciado progresivamente una evolución interpretativa, que creemos que debe seguir produciéndose,

en especial en el TJUE. En la identidad el caso Mirin puede ser el primer paso para asentar que los aspectos vinculados a la identidad de la persona están tan íntimamente ligados a su libre desarrollo y a su capacidad, que los derechos de los Estados miembros no pueden limitar el reconocimiento realizado por otro Estado que afecte a aspectos esenciales de su persona, como son el nombre o la identidad de género.

En lo relativo a los matrimonios la existencia de una unión conyugal afecta a todos los órdenes de la vida y marca el día a día de las personas en el ámbito íntimo y en sus derechos públicos. Por esto el reconocimiento de este derecho se ha de ir ampliando, pasando de una evolución del incompleto reconocimiento del caso Coman a otro algo más avanzado del caso Mazowiecki en el que se reconozcan todos sus efectos jurídicos en los Estados miembros, una posición que sí ha adoptado el Abogado General en sus conclusiones y que confiamos en que confirme el TJUE en su futura resolución.

En lo relativo a la filiación, la misma es esencial para la vida familiar de las personas, para la protección de los menores, y para el respeto al cumplimiento del principio universal de ser el interés más necesitado de protección. Por esto la interpretación de los casos Pancharevo y Rezcnick es aún insatisfactoria, y la jurisprudencia del TJUE debe evolucionar hacia un reconocimiento absoluto de todos los efectos de la filiación reconocida en un Estado miembro en toda la Unión, so pena de vulnerar el interés superior de los menores, su intimidad y su vida familiar.

Necesitamos una irresistible, pendiente y permanente interpretación práctica jurisprudencial del Derecho internacional privado europeo sostenible en el marco de los Derechos fundamentales. La misma afecta a los legisladores a la hora de fijar las instituciones básicas de nuestra disciplina. Pero aún más profundamente, necesitamos una inaplazable reflexión, tanto en el TJUE como en los Tribunales nacionales, sobre la interpretación de la relación entre el Orden público interno con el Orden público internacional y la identidad nacional de los Estados. Ojalá que el Orden público de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE y del Convenio Europeo de Derechos Humanos se imponga progresivamente al Orden público interno y la identidad nacional de algunos Estados miembros con una brisa europea (UE-CEDH) de igualación de derechos ciudadanos que haga evolucionar las identidades nacionales hacia los principios universales del Orden público internacional empujadas por la voluntad de sus ciudadanos

BIBLIOGRAFÍA

AINCIBURO SERNA, C.: "A propósito de los foros de protección. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2022, asunto C-604/20, Roi Land Investments Ltd", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2, octubre 2023.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "¿Matrimonio de personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Comen", *La Ley Unión Europea*, núm. 56, febrero 2018.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: "El Convenio Europeo de Derechos Humanos desde la perspectiva constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, mayo-agosto 2021.

ÁLVAREZ TORMÉ, M.: "El Derecho Internacional Privado ante las vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, julio-diciembre 2013.

ARENAS GARCÍA, R.: "Tiempo y valores esenciales del ordenamiento en DIPr", en AA. VV., *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Dr. José Carlos Fernández Rozas*, (coord. por ÁLVAREZ ÁLVAREZ Y OTROS), Cívitas, Navarra, 2020.

BARATTA, R.: "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tendencias actuales del Derecho Internacional Privado 2025: el poder de la jurisprudencia en el Derecho internacional privado*, Atelier, Barcelona, 2025.

CRUZ VILLALÓN, P.: "La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013.

CUARTERO RUBIO, M. V. y BELASCO RETAMOSA, J. M.: *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch Valencia, 2021.

DREYZIN KLOR, A.: "Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial", *Agenda Internacional* Año XIX, núm. 30, 2012,

DURÁN AYAGO, A.:

- “Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional en los reglamentos europeos de derecho de familia y sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, octubre 2021.
- “De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-4/23, Mirin”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 17, núm. 1, marzo 2025.

ELÓSEGUI ICHASO, M.: “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, octubre 2022.

ELVIRA PERALES, A.: *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

ESPINAR VICENTE, J. M.: “Las transformaciones sociales de la Institución familiar y el derecho”, en VV. AA., *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, (coord. por GUZMÁN ZAPATER, M., HERRANZ BALLESTEROS, M.): Tirant lo Blanch Valencia, 2018.

ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G., IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: *Derecho Internacional Privado*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Método y función del Derecho Internacional Privado: hacia la más plena realización de los Derechos Humanos”; *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, diciembre 2020.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: “Algunas reflexiones sobre la evolución del Derecho internacional de la sostenibilidad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, octubre 2024.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “Libre circulación de personas por el territorio comunitario”, en AA.VV.: *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea* (coord. por GARCÍA MURCIA, J), Jurua editorial, Lisboa, 2016.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Cívitas, Pamplona, 2018.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho Internacional Privado de Familia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72/I, enero-junio 2020.

GUZMÁN ZAPATER, M. (dir.): *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: "La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: Coman", *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio de 2018.

LÓPEZ GUERRA, L.: "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, mayo-agosto 2020.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C.: "Forum non conveniens revisited: el caso Spanair", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 2, 2011.

MAESTRE CHUST, J. V.: *Los derechos humanos*, Editorial UOC, Barcelona, 2007.

MANZANO BARRAGÁN, I.: "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, núm. 2, 2012.

MARTÍN HUERTAS, A.: "El contenido esencial de los derechos fundamentales". *Revista De Las Cortes Generales*, vol. 75, 2008.

MARULLO, M. C., SALES PALLARÉS, L., ZAMORA CABOT, F. J.: *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Colex, A Coruña, 2023.

MICHAELS, R., RUIZ ABOU-NIGM, V.: "Towards Private International Law for Everyone", *Max Planck Private Law Research Paper*, núm.. 23/14, 2023.

MOLINA DEL POZO, C. F.: *El tribunal de Justicia de la Unión Europea: procedimiento y recursos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.

ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S.: *Derecho Internacional Privado. Materiales para su estudio*, Sepin, Madrid, 2023.

PASCUAL-VIVES, F.: "Debida diligencia corporativa en materia de derechos humanos y sostenibilidad: ¿riesgos u oportunidades?", Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, núm. 134/2023.

PÉREZNIETO CASTRO, L.:

- "El Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos", BJV, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2017.

- “La Relación del Derecho Internacional Privado con los Derechos Humanos”, *BIOLEX Revista Jurídica del Departamento de Derecho*, UNISON URC, Tercera Época, Año 8, núm. 14, enero-junio, 2016.

PÉREZ MARTÍN, L. A.:

- “Doctrina del TJUE en Pancharevo y Rzecznik: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2022.
- “Doctrina del TJUE sobre la inmunidad de ejecución de las organizaciones internacionales y el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, marzo 2021.
- “El caso Coman entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite ilícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE”, en JIMÉNEZ BLANCO, P. y RODRÍGUEZ URÍA, I., (dirs.): *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Colex, A Coruña, 2024.

REY MARTÍNEZ, F.: “Interpretación evolutiva y Derechos Fundamentales mutantes”, *Revista da AJURIS*, vol. 51, núm. 157, diciembre 2024.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Elección de la ley aplicable y responsabilidad extracontractual: ¿cambio de orientación en el modelo conflictual?”, *Revista de Derecho*. Segunda época, año 8, núm. 8, noviembre 2013.

RIPOL CARULLA, S.: “Los derechos fundamentales, parte del modo de vida europeo. A propósito de la doctrina sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 74, 2023.

RODRÍGUEZ BENOT, A. (director): *Manual de Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2023.

SANCHEZ CANO, M. y SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: “La equidad como valor del orden público europeo y su aplicación en asuntos transfronterizos de derecho de familia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, octubre 2021.

TAJADURA TEJADA, J.: “Derechos fundamentales i integración europea”, *Estudios de Deusto*, vol. 58/I, enero-junio 2020.

ZAMORA CABOT, F. J.: “Derecho Internacional Privado y DDHH: Nuevas interacciones”, *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 4, 2021.

