

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXV, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2022



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

Catedrática de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

Coordinador

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

Profesor titular de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Barcelona

M.^a PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

Profesora titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA

Profesor titular de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Profesora titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Lleida

Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE

Profesor titular de Derecho civil.

Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Académico senior de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Murcia

JOSÉ M.^a MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

M.^a JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA

Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Valladolid

Colaboradores honorarios: Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXV, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2022

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2022

<https://cpage.mpr.gob.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 090-20-072-9 (edición en papel)
090-20-071-3 (edición en línea, pdf)
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0 (edición en papel)
051-15-003-6 (edición en línea, pdf)
ISSN: 0210-301X (edición en papel)
2659-8965 (edición en línea, pdf)
Depósito Legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

ÍNDICE

Pág.

Estudios monográficos

Klaus Jochen ALBIEZ DHORMANN: «La ausencia de negociación en la contratación digital a propósito del Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea	1397
Camino SANCINENA ASURMENDI/Clara GAGO SIMARRO: «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales»	1451
Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA: «La indemnización cuando el arrendatario restituye anticipadamente el inmueble arrendado»	1523
Aurora LÓPEZ AZCONA: «Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad»	1583
Pedro DEL OLMO GARCÍA: «Ejecución de la hipoteca y arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Una explicación real»	1675

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Marta OTERO CRESPO y Julia AMMERMAN YEBRA	1711
---	------

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ.

IRIBARREN BLANCO, Miguel: «La responsabilidad de los socios por los acuerdos de la junta general», por Inés Cortell Cerdá	1751
MATE SATÚE, Loreto Carmen: «La configuración de daño y su relación con el nexa causal en la responsabilidad civil del abogado», M.ª Carmen Crespo Mora	1754
ZORNOZA SOMOLINOS, Alejandro: «Vehículos automatizados y seguro obligatorio de automóviles. Estudio de derecho comparado», por Remedios Aranda Rodríguez	1760

REVISTAS EXTRANJERAS

Remedios Aranda Rodríguez, María del Rosario Díaz Romero, Alfredo Ferrante, Enrique Gandía Pérez, Sebastián López Maza, Andrea Macía Morillo	1767
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS (AÑO 2021)

Por Rosa M. Méndez Tomás	1801
--------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, Ignacio DÍAZ SEVILLANO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María

MARTÍN FABÁ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS
CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ
ARRANZ, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTAN
NAVARRO 1849

La ausencia de negociación en la contratación digital a propósito del Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea *

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN

Se examina en el presente trabajo la contratación entre plataformas y usuarios profesionales según el Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, en particular el significado de las condiciones generales de acuerdo con la definición dada en el artículo 2.10.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas, condiciones generales de la contratación, contratación digital, plataformas, usuarios profesionales, consumidores.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID 2020-120338GB-100, «Fomento de la equidad y transparencia en la intermediación en línea en el sector turístico en España». Investigador Principal: Klaus Jochen Albiez Dohrmann.

The absence of negotiation in digital contracting. On the Regulation (UE) 2019/1150 of 20 June on promoting fairness and transparency for professional users of online intermediation services

ABSTRACT

This paper examines the contractual relationship between platforms and professional users according to Regulation (EU) 2019/1150 of 20 June, in particular the meaning of general terms and conditions according to the definition given in Article 2.10.

KEYWORDS

Contract clauses, general terms and conditions, digital contracting, platforms, professional users, consumers.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Las condiciones generales en el RE-P2B: ¿un concepto específicamente europeo?–III. Las paradojas de una estructura triangular.–IV. Principales características del contrato de adhesión de servicios de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales.–V. Los elementos configuradores de las condiciones generales de la contratación en el RE-P2B. 1. La nomenclatura jurídica. 2. Determinación unilateral de las cláusulas, en lugar de predisposición e imposición, por el proveedor de servicios de intermediación en línea. 3. La indiferencia de la forma de las condiciones generales de la contratación. 4. Omisión del criterio de pluralidad de contratos de servicios de intermediación en línea como elemento configurador de las condiciones generales de la contratación. 5. La valoración general de la determinación unilateral de las cláusulas. Indicios negociales no determinantes. 5.1 La valoración general de los indicios negociales en la determinación unilateral de las cláusulas. 5.2 Primer indicio de valoración (no determinante): las dimensiones de las plataformas digitales y de los usuarios profesionales. 5.3 Segundo indicio de valoración (no determinante): negociación entre la plataforma y el usuario profesional. 5.4 Tercer indicio de valoración (no determinante): cláusulas individuales negociadas conjuntamente entre la plataforma y el usuario profesional. 5.5 ¿Otros indicios de valoración (no determinantes)? 5.6 La valoración general de los indicios. 5.7 ¿Inversión de la carga de la prueba o facilitación de la prueba? 5.8 El problema de la validez de cláusula: «todas las condiciones han sido negociadas».–VI. La relativa inoperancia del RE-P2B.–VII. Conclusiones.– Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la construcción del Mercado Único Digital¹, el Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (en adelante, RE-P2B)², constituye una de las piedras fundamentales. Sorprende la rapidez con la que se ha aprobado este Reglamento –en menos de dos años– en comparación con otros textos legales europeos. Como otras medidas recientes en la construcción del Derecho digital europeo se ha aprobado el Reglamento (UE) 2022/2065, 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 (en adelante, DSA),^{3 4}, así como también el Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (en adelante, DMA)^{5 6}. Es muy significativo que es en el mercado digital donde el legislador europeo está optando claramente por una regulación mediante reglamentos en lugar de directivas, con el propósito de establecer un sistema lo más uniforme posible para lograr, así, una mayor integración económica y técnica en la contratación digital.^{7 8 9}

Por iniciativa del *European Law Institute* se presentó en 2019 un modelo de reglas de plataformas en línea (*Model Rules on Online Platforms*), entre cuyas fuentes de referencia figura el RE-P2B¹⁰. Es un modelo de aspiraciones más amplias, que, al igual

¹ En la amplia literatura que ya existe sobre el Derecho digital europeo, puede resultar de interés, entre los más recientes, el trabajo de STAUDENMAYER, 2020, pp. 65 ss. En España, *vid.* CAMPUZANO TOMÉ, 2022, pp. 575-577 y pp. 577-583.

² Inicialmente, el título de la Propuesta era «sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea». Se propuso también por el Consejo «equidad mediante transparencia» (*Fairness bey Means of Transparency*).

³ Digital Services Act (DSA).

⁴ Para una primera aproximación, FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, 2021, pp. 31 ss.

⁵ Digital Markets Act (DMA).

⁶ Entre otros, MARTÍNEZ NADAL, 2021, pp. 115 ss.

⁷ Como última Propuesta en el nuevo Derecho digital europeo debe traerse a colación la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (COM/2017/010 final).

⁸ En 2019 se ha iniciado un diálogo académico transeuropeo entre un grupo de profesores de la Universidad de Osnabrück y de Kyoto sobre la regulación de plataformas (*Towards Regulatory Cooperation between the EU and Japan*), encabezado por los profesores BUSCH y NAKATO.

⁹ Ya surgen las primeras voces por una regulación más ambiciosa del Derecho de plataformas. Así, PODSZUN, en su dictamen, 2020, pp. 477 ss.

¹⁰ Para una primera aproximación a este texto, *vid.* BUSCH, 2018, pp. 150 ss.

que el RE-P2B, tiene por objeto garantizar la equidad y la transparencia en las relaciones entre operadores y usuarios de plataformas. Es un modelo que pretende servir de referencia tanto a la Unión Europea como a los Estados nacionales. Otro texto, ya más lejano en el tiempo, es el que fue elaborado en 2016 por el *Research Group on the Law of Digital*, con el título *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*.

Hasta ahora la UE no había prestado la suficiente atención a la protección de los empresarios en el mercado interior¹¹, centrándose mucho más en proteger a los consumidores. Pero se está observando un cambio de tendencia, en particular desde la irrupción del mercado digital como ponen de manifiesto los últimos textos normativos¹².

La regulación de la economía de plataformas en línea, que está en continua transformación tecnológica, podría evolucionar en el futuro hacia una *co-regulación* en la que se regulen mediante normas legales los requisitos jurídicos y técnicos de la contratación en línea, y a la vez que sean las plataformas en línea las que autorregulen mediante sus propias normas sus relaciones con los usuarios profesionales y los usuarios finales (autorregulación propia¹³)¹⁴. Es un hecho que las grandes plataformas, las que intermedian en el mercado internacional, están creando sus propios sistemas jurídicos privados. Por muy real y necesaria que sea la autorregulación en el mercado digital, son igualmente necesarios, al menos para la Unión Europea, controles adecuados que contrarresten los poderes de las plataformas, sobre todo de aquellas que ejercen un oligopolio en el mercado digital¹⁵.

En la economía de plataformas en línea¹⁶, o llamada también economía digital, la contratación de servicios de intermediación se

¹¹ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, 2009, pp. 61 ss.; MATO PACÍN, 2017, p. 63.

¹² STAUDENMAYER, 2020, pp. 88-90.

¹³ La autorregulación es considerada también una fuente del Derecho europeo (esta autorregulación puede convertirse en una normativa europea, como sucedió con la autorregulación de los requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y que después sirvieron de base para la aprobación del Reglamento (UE) núm. 260/2012, de 14 de marzo de 2012).

La co-regulación como fuente del Derecho europeo, vid. KÖNDGEN/MÖRS DORF, 2021, pp. 178-179.

¹⁴ Se trata de garantizar, como explica muy bien Esteve Pardo en su breve pero espléndido prólogo, que esa autorregulación de génesis privada atienda a todos los intereses –no solo de los de las propias plataformas y los operadores más próximos– y de garantizar también que el ciudadano que entra en contacto con ellas no quede encerrado en la autorregulación del sector y que se mantengan plenamente efectivos los derechos fundamentales y el acceso a las instancias de control de la legalidad, los tribunales de justicia destacadamente (2021, p. 19).

¹⁵ SCHWEITZER, *ZEuP*, 1, 2019, pp. 1 ss.

¹⁶ Tanto el RE-P2B como las DSA y DMA tienen por uno de sus destinatarios las plataformas que ofrecen servicios de intermediación en línea a los consumidores y a los

caracteriza por ser una contratación normalmente adhesiva en la que el usuario profesional y el usuario final (consumidor o no)¹⁷ no tienen prácticamente ninguna posibilidad de negociar las cláusulas en sus relaciones con las plataformas. Hasta ahora la protección de los usuarios profesionales y de los usuarios finales se dispensaba principalmente mediante normas no específicas, algunas de ellas de marcado carácter europeo (normas generales de consumo, normas colusorias, normas de condiciones generales de la contratación). Es desde mediados de la segunda década del presente siglo cuando el legislador europeo empieza a ser consciente de que las medidas de protección en la contratación adhesiva hasta ahora existentes son insuficientes en la economía de plataformas en línea, en la que es muy generalizada la determinación unilateral de las cláusulas por las plataformas en sus relaciones contractuales con los usuarios profesionales y finales.¹⁸

usuarios profesionales. Sorprende por ello que el RE-P2B no contenga una definición de la plataforma en línea. En todo caso, según RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALELL, el RE-P2B recurre a una elusiva definición de las plataformas como proveedores de «servicios de intermediación en línea» que cumplen ciertos requisitos (art. 2.2 b y c), que no hacen más que destacar su propósito transaccional («con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas») y ahondar en la base contractual («sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales») que conforma la anatomía de las plataformas *AFDUAM*, 2021, p. 411). Podemos tomar en consideración la definición que da la DSA. La plataforma en línea es: «Un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento» (art. 3, letra i). Entre los muchos estudios sobre el significado de las plataformas, por citar alguno de los más recientes, vean el de CAMPOS CARVAHLO, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, Núm. 1, pp. 863 ss.

¹⁷ «Usuario final» es un concepto nuevo que se introduce en la DMA: es «toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional» (art. 2.20).

¹⁸ Un usuario profesional un tanto más especial es el usuario de sitio web corporativo, es decir, aquella empresa que es propietario de una página web para ofertar a través de ella sus bienes o servicios a los usuarios finales. Según el artículo 2.7) RE-P2B, «usuario de un sitio web corporativo» es: «toda persona física o jurídica que usa una interfaz en línea, es decir, cualquier programa informático, incluido un sitio web o parte del mismo o aplicaciones, incluidas las aplicaciones para móviles, para ofrecer bienes o servicios a los consumidores con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión». Es un concepto de nueva creación jurídica que, en el marco legal del RE-P2B, tiene por característica de que se trata de un empresario (persona física o jurídica) que oferta bienes o servicios a consumidores (personas físicas), siendo a la vez titular de una web mediante la cual hace ofertas a través de las plataformas. Con carácter general, una página web corporativa es el sitio web de una empresa o entidad, pública o privada, que tiene la información que la empresa quiere transmitir a sus visitantes en internet. La web corporativa debe facilitar a los consumidores (personas físicas) el acceso mediante motores de búsqueda. Entre el usuario de un sitio web corporativo y quien propone motores de búsqueda no tiene que haber una relación contractual.

Los términos «usuario de un sitio web corporativo» en el RE-P2B no son quizá del todo afortunados si los comparamos, por su claridad, con la versión francesa (*utilisateur de site internet d'entreprise*), alemana (*Nutzer mit Unternehmenswebseite*) o portuguesa (*Utilizador de sítios Internet de empresas*). Más cercana a nuestra versión es la italiana (*utente titolare di sito web aziendale*).

Esta preocupación del legislador europeo por la deficiente protección de los usuarios profesionales en la contratación con plataformas en línea ha desembocado en el RE-P2B, cuya aplicación tiene lugar desde el 12 de julio de 2020¹⁹. El RE-P2B tiene entre sus objetivos principales asegurar una mayor transparencia y equidad en las transacciones entre las plataformas en línea y los usuarios profesionales, aunque con un alcance más limitado de lo que cabría esperar de un texto con un título tan ostentoso, sobre todo por proclamar a todo viento la equidad en las transacciones en línea como objetivo principal junto con la transparencia. Para muchos, el Reglamento es un avance excesivamente tímido en la regulación de las transacciones en línea intermediadas por plataformas. Con este Reglamento, la UE pretende garantizar unas condiciones de competencia que sean iguales en el mercado único digital²⁰. Hubiera sido más correcto que en el título figurarse primero la transparencia, ya que el control de transparencia es siempre un control previo a la equidad. Además, sólo algunas cláusulas específicas están sujetas al control de la buena fe y de la lealtad contractual²¹ ²². En lugar de una regulación con un espectro más amplio de la economía de plataformas en línea en el mismo RE-P2B²³, como suele suceder comúnmente cuando se dictan normas para un mejor funcionamiento del mercado interior, las autoridades europeas han aprobado la DMA, la cual tiene como eje central

¹⁹ Uno de los primeros estudios sobre el Reglamento en la doctrina española procede de la pluma de VILLANUEVA LUPIÓN, 2021, pp. 475 ss. Un estudio más extenso realiza ÁLVAREZ MORENO, 2021, pp. 74-118.

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento de 25 de mayo de 2016, COM (2016), 288, final, p. 7.

²¹ Hubo quienes apelaban por un control de contenido material amplio de las cláusulas de los contratos de servicios de intermediación en línea. Al Texto de Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo se había propuesto una enmienda para incorporar, de acuerdo con el considerando núm. 13 bis, el siguiente texto: «Para garantizar no solo la transparencia, sino también la equidad en las relaciones entre los proveedores de servicios de intermediación en línea y las empresas, las condiciones generales también deben ser justas y proporcionadas teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades del proveedor del servicio de intermediación en línea y de la empresa. Dichas condiciones no deben considerarse justas y proporcionadas cuando, por ejemplo, se aparten manifiestamente de la buena conducta comercial en la actividad económica concreta en la que opere el servicio de intermediación en línea, o sean contrarias a los principios de buena fe y comercio justo. Al evaluar esas condiciones generales, las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la legislación también deben tener en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y las prácticas de la actividad comercial». En la enmienda núm. 67 se propuso, como requisito, que los contratos de servicios de intermediación en línea incluyan únicamente cláusulas equitativas y proporcionales.

²² BUSCH subraya que el RE-P2B ha quedado en muchos temas a mitad de camino entre la transparencia y la equidad, *Wiso Diskurs*, núm. 8, 2019, p. 12. Pero esta crítica también se puede hacer al *Model Rules on Online Platforms* del *European Law Institute*, en cuya redacción ha participado BUSCH.

²³ Criticado por NAUMANN/RODENHAUSEN, *ZEuP*, 4, 2020, p. 780.

la protección de las pequeñas y medianas plataformas frente a los abusos en el mercado único de servicios digitales de aquellas plataformas que son guardianes de acceso (*gatekeeper*). Y la DSA tiene por objetivo principal actualizar las normas horizontales que definen las responsabilidades y obligaciones de los prestadores de servicios digitales.

El legislador europeo se ha tomado en serio la superior capacidad negociadora de los proveedores de servicios de intermediación en línea (cdo. 2 del RE-P2B), pero no ha sido totalmente consecuente ni tampoco lo suficientemente contundente. Aunque en el texto normativo en ningún momento se refiere a la contratación adhesiva en los servicios de intermediación en línea, los contratos que están sujetos a este Reglamento son aquellos en los que las cláusulas han sido determinadas unilateralmente por las plataformas. Por ello, el legislador europeo ha considerado necesario definir, con el objetivo de circunscribir claramente el ámbito objetivo del RE-P2B, las condiciones generales. Se entiende por «condiciones generales», según el artículo 2.10), «todas las condiciones generales o cláusulas, con independencia de su nombre o forma, que rigen la relación contractual entre el proveedor de servicios de intermediación en línea y los usuarios profesionales, y que están determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea. Tanto si se han determinado unilateralmente como si no, esa determinación unilateral ha de apreciarse sobre la base de una valoración general, en la que no deben ser determinantes ni las dimensiones relativas de los interesados, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas cláusulas hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor y el usuario profesional»²⁴.

El artículo 2.10), además de ser una norma descriptiva para la aplicación del RE-P2B al definir las condiciones generales de la contratación (en adelante, *cgc*), es una cláusula general. Este precepto no se puede entender si no es interpretando ambas frases. Sólo interpretándolas conjuntamente podemos comprender el significado de las *cgc* según el RE-P2B. Como veremos más adelante,

²⁴ Mucho más escueta y básica es la definición que da la DSA a las «condiciones»: «todas las cláusulas, sea cual sea su nombre y forma, que rijan la relación contractual entre el prestador de servicios intermediarios y los destinatarios del servicio» (art. 2, letra u). Por el contrario, la DMA, aun cuando tiene por objetivo evitar la competencia desleal y prácticas abusivas en la contratación para proteger a las pequeñas y medianas plataformas, no contiene una definición de las condiciones generales de la contratación de servicios de intermediación en línea.

En una primera fase de la redacción del RE-P2B, se había propuesto incluir un anexo de prácticas que deben considerarse desleales en cualquier circunstancia (enmienda núm. 67 formulada al texto del Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo).

el art. 2.10) obliga a una interpretación restrictiva de las cláusulas ante las dudas que hubiera sobre su negociación, debiendo prevalecer en tal caso su calificación como *cgc*.

Cabe aventurar, pues, que este concepto de condiciones generales será el que prevalezca a partir de ahora en la contratación con plataformas en línea en sus relaciones con usuarios profesionales y usuarios finales, no sólo en la aplicación del RE-P2B sino también en la aplicación de la DSA y de la DMA. La definición que se da en el artículo 2.10) contiene ciertas singularidades en cuanto a los elementos que la configuran. Cabe preguntarse si la definición de las *cgc* del artículo 2.10) se diferencia de la que figuran en otros textos europeos y en los Derechos nacionales de la UE²⁵.

II. LAS CONDICIONES GENERALES EN EL RE-P2B: ¿UN CONCEPTO ESPECÍFICAMENTE EUROPEO?

Resulta significativo que el primer texto europeo que se ocupa de la contratación adhesiva, si bien sólo entre empresarios²⁶ y consumidores, no contiene una definición de las *cgc*. La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores contiene algunas definiciones (*vid.* art. 2), pero el legislador europeo no consideró oportuno introducir una definición de las *cgc*. Ni siquiera en el texto normativo aparece este concepto, lo cual puede sorprender, incluso actualmente, cuando la casi totalidad de los contratos de adhesión con consumidores son contratos con condiciones generales. Sólo en el penúltimo considerando de esta Directiva aparece el término «*cgc*», y, como tales, se dice en él, deben ser objeto de un control judicial o administrativo a instancia de las asociaciones que representan a los consumidores. La Directiva se refiere de forma más genérica a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (art. 3.1), entendiendo por tales aquellas que hayan sido redactadas previamente, no habiendo podido influir el consumidor sobre su contenido (art. 3.2). Esta formulación amplia responde a la voluntad del legislador europeo de que la Directiva sea aplicable a cualquier contrato de adhesión entre empresarios y

²⁵ Para una visión de conjunto sobre los modelos europeos de *cgc* en directivas, propuestas y textos *soft law*, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, 2016, en particular pp. 759-770 y pp. 789-794.

²⁶ La Directiva 93/13/CEE usa el término «profesional» en lugar de «empresario». Es profesional «toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada» (art. 2, letra c).

consumidores, sea un contrato con cgc o un contrato individual cuyas cláusulas no se han negociado.

El segundo texto europeo que se refiere a las cláusulas no negociadas, aunque no expresamente, es la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta Directiva tiene, entre otros objetivos, prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor cuando es un empresario. La mayoría de los contratos que contienen cláusulas de morosidad forman parte de contratos de adhesión con condiciones generales. Por la amplitud del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva (comprende todos los contratos concertados entre empresarios, sean negociados o no), no tenía ningún sentido dar una definición general de las cláusulas contractuales. Sólo en el artículo 3.5 hay una mención a las cláusulas redactadas para uso general, es decir, cgc (las entidades oficialmente reconocidas que representen a las pequeñas y medianas empresas pueden estar legitimadas para combatir las cláusulas de morosidad que sean abusivas). La posterior Directiva 2011/7/UE, 16 de febrero de 2011, que es una refundición de la anterior Directiva sobre la misma materia, se refiere, sin más, a «cláusulas contractuales», sin dar tampoco ninguna definición.

El intento fallido de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011²⁷, incorpora a nivel europeo, por primera vez, una definición de «condiciones generales de contratación»: son «cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes a tenor del artículo 7 de la normativa común de compraventa europea (art. 2, letra d)». A semejanza de la Directiva 93/13/CEE, esta Propuesta de Reglamento determina también cuándo las cláusulas contractuales no han sido negociadas individualmente. Una singularidad de la Propuesta de Reglamento es la inserción de una norma específica sobre la incompatibilidad de las cgc (art. 39). Esta Propuesta de Reglamento tenía la trascendencia de que el ámbito subjetivo se extendía no sólo a los consumidores sino también a las pequeñas y medianas empresas (art. 7).

En la recta final del siglo pasado y durante la primera década del siglo presente hubo un fervor por crear un verdadero Derecho contractual europeo que llegó a fraguarse en un proceso codificador *soft* o blando, con el propósito de crear una nueva *lex mercatoria europea*, que llegó a articularse en cuatro textos normativos, a iniciativa de distintos grupos europeos de trabajo, con objetivos

²⁷ COM (2011) 635 final.

comunes, pero no siempre coincidentes. El texto más elaborado es el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), en el cual no podía faltar, por razones obvias, una definición de las cgc: «Se entiende por «condiciones generales de la contratación» todas aquellas cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes» (art. II.-1:109). Contiene, como la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, una norma específica de las cláusulas no negociadas individualmente (art. II.-1:110). La vocación por un Derecho contractual europeo es también la aspiración del primero de los textos de *soft law*, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), como también los Principios *Acquis*, que allanaron el camino para la elaboración del Marco Común de Referencia. El último de los cuatro textos *soft law* es el Código Europeo de los Contratos. En estos textos encontramos también definiciones de las cgc (art. 2:209.3 PECL, art. 6:101.3 Principios *Acquis* y art. 33 Código Europeo de los Contratos). Un último texto, preparado entre juristas alemanes y franceses, pero con un alcance europeo es el *Projet de Code Europeen des Affaires*, en cuyo marco se ha presentado por la *Association Henri Capitant* el *Avant-Projet relatif au Droit du Marche*²⁸, el cual contiene una Sección dedicada a las *clauses déséquilibrées* dentro del Título dedicado al Derecho de Prácticas Comerciales Desleales entre Profesionales. Aun cuando los redactores de este Anteproyecto consideran que no debe tener lugar una regulación de los contratos entre profesionales, entienden, no obstante, que debe haber una regulación general de las cgc (definición de las cgc, requisitos de incorporación, criterios interpretativos, presupuestos para que una cláusula sea desequilibrada, cláusulas que presuntamente contienen una desventaja no razonable, la sanción de estas cláusulas, imperatividad de las normas).

Es ahora, en el RE-P2B, cuando por primera vez, a nivel europeo, se definen por ley las cgc, si bien en un sector muy específico de la contratación, concretamente en la contratación de servicios de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales. Podemos afirmar, sin equivocarnos, que las condiciones generales en este sector constituyen el epicentro del RE-P2B (el término aparece 57 veces en el texto legal, incluidos los considerandos). Con ello, el legislador europeo se ha posicionado ante una realidad innegable, cual es que los proveedores de servicios de intermediación en línea suelen servirse, como se explicita en el

²⁸ Por todos, LEHMANN, *European Review of Private Law*, I 2020, pp. 73 ss.

considerando núm. 14, de cláusulas contractuales preestablecidas, y a fin de proteger a los usuarios profesionales de manera efectiva cuando proceda, el presente Reglamento ha de aplicarse cuando las condiciones generales de una relación contractual, con independencia de su nombre o forma, hayan sido determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea. Esta realidad queda más que corroborada en el *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*, de 23 de abril de 2018, elaborado a instancia de la Comisión Europea, cuyos resultados son fundamentales para conocer e interpretar el RE-P2B²⁹. En este documento encontramos un amplio estudio sobre los *terms y condiciones*, su regulación en los Estados de la UE y fuera de ella, y la práctica contractual en el ámbito de la contratación de usuarios profesionales con plataformas. Pero ya anteriormente, en la Comunicación (2016) sobre las plataformas en línea y el mercado digital³⁰ se pusieron de manifiesto los problemas interempresariales entre plataformas y proveedores respecto de las prácticas y cláusulas contractuales por falta de transparencia y su «abusividad» en muchos supuestos³¹.

Cabe preguntarse si en la redacción del RE-P2B el legislador europeo se ha guiado por algún modelo nacional o ha tenido en consideración el acervo europeo para definir las cgc. Si se examinan los textos nacionales y europeos y los comparamos con el artículo 2.10), encontraremos muchas afinidades en la descripción de los elementos que configuran las cláusulas que sean condiciones generales, pero también algunas singularidades, en particular en cuanto a la valoración general de indicios negociación de las cláusulas, que ha de apreciarse caso por caso, tanto si se han determinado unilateralmente como si no (cdo. núm. 14).

Ya antes, en la Propuesta de marzo de 2018 se formuló una primera definición meramente formal³², entonces llamadas «condiciones y términos»: *means all terms, conditions, clauses and other information, between the provider of online intermediation services and their business user, which have been unilaterally determined in advance by the relevant provider* (art. 1, letra j)³³. En términos parecidos también la posterior Propuesta, de 26 de abril de 2018³⁴. Se

²⁹ FWC JUST/2015/PR/01/0003/Lt1-02 Final Report.

³⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre plataformas en línea y el mercado digital. Retos y oportunidades de Europa, 25 de mayo de 2016, COM (2016) 288 final.

³¹ Un estudio extenso sobre esta Comunicación, *vid.* DE FRANCESCHI, 2018, pp. 9 ss.

³² GRAF VON WESTPHALEN, 2022, nota marginal (en adelante, n. m.) 92.

³³ 2018-3-00 COM.

³⁴ COM (2018) 238 final.

entiende por «condiciones», «todas las condiciones, cláusulas y demás información, con independencia de su nombre o forma, que rigen la relación contractual entre el proveedor de servicios de intermediación en línea y las empresas, y que están determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea». Durante su tramitación, la Ponencia de la Comisión advertía de que había que modificar la definición de «condiciones» para que fuese aplicable a todos los casos y contratos de servicios de intermediación en línea, independientemente de que las condiciones estén o no determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea, con el fin de evitar posibles prácticas abusivas indirectas u ocultas desde plataformas potentes. Se argumentaba que algunas plataformas tienen una posición fuerte o incluso dominante en el mercado digital, y, por lo tanto, el poder de negociación de las empresas podría ser en muchos casos inadecuado para negociar correctamente unas condiciones equitativas del contrato, incluso en el supuesto de que dichas condiciones se hubieran negociado bilateralmente. Ello puede explicar que aparte de alguna modificación de la primera frase en el artículo 2.10), se haya incorporado durante la tramitación una nueva frase, que es la que figura en el texto actual: «Tanto si se han determinado unilateralmente como si no, esa determinación unilateral ha de apreciarse sobre la base de una valoración general, en la que no deben ser determinantes ni las dimensiones relativas de los interesados, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas cláusulas hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor y el usuario profesional». Esta segunda frase del artículo 2.10) introduce unos elementos que habrán de ser valorados debidamente cuando se tenga que juzgar la transparencia y la equidad de las cláusulas sujetas al RE-P2B.

Sorprende que en el *Model Rules on Online Platforms* del *European Law Institute* y en el texto de *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* no figure una definición de las cgc, de los *contract terms*, máxime cuando en el primero de los textos una de sus principales referencias normativas es el RE-P2B (así viene señalado específicamente en los comentarios al art. 2 del modelo del *European Law Institute*; *sin* que, por otra parte, no consta la razón de su omisión). Puede haber varias razones: porque no se considera necesaria una definición de las cgc; porque corresponde a los Derechos nacionales definir las cgc, o porque el modelo que se propone rige para cualquier contrato de servicios de intermediación en línea, haya sido o no negociado.

El RE-P2B, como cualquier reglamento europeo, es de aplicación directa, sin que tenga que ser desarrollado por ninguna norma nacional, salvo que haya una norma específica que exija a los Estados miembros de la UE a que completen la normativa europea. Consecuentemente, cualquier disposición del RE-P2B debe ser interpretada en clave europea, es decir, atendiendo al contenido de la disposición concreta. Ello no excluye, cuando proceda, que las normas del RE-P2B puedan ser contempladas por normas nacionales. Además, hay materias cuya regulación se deja en manos de los Derechos nacionales (cfr. art. 1.4 RE-P2B).

La definición que da el artículo 2.10) de las condiciones generales en el sector de la contratación adhesiva en línea entre plataformas y usuarios profesionales es una definición legal específica que sólo es aplicable en este ámbito. Debe entenderse, pues, que los elementos que definen las cgc deben ser interpretados conforme al Derecho europeo, sin perjuicio de que se establezcan, en su caso, paralelismos con aquellas normas nacionales que también definen las cgc.

III. LAS PARADOJAS DE UNA RELACIÓN TRIANGULAR

Las relaciones jurídicas que surgen entre una plataforma en línea con un usuario profesional y entre una plataforma en línea con usuarios finales, como las relaciones subyacentes (relaciones horizontales) entre usuarios profesionales y usuarios finales, se regirán por textos normativos distintos. Las tres relaciones jurídicas de esta estructura triangular (cfr. art. 2.2 RE-P2B) son comúnmente contratos con condiciones generales, en los que, por tanto, no hay negociación. Pero no hay un Derecho contractual común que rige esta relación triangular.

Los contratos de adhesión entre plataformas en línea –cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión– y usuarios profesionales se rigen principalmente por el RE-P2B³⁵. Para su aplicación, es fundamental que el usuario sea un profesional, como también es determinante que la oferta de sus productos o servicios sea dirigida a consumidores que son personas físicas.

³⁵ Al hilo de la contratación digital, CÁMARA LAPUENTE se hace la pregunta de si el contrato de adhesión es un auténtico contrato. La pregunta tiene su lógica cuando lo que se trata es navegar, p. ej., mediante los motores de búsqueda, utilizando nomenclatura y descripciones de conductas típicamente contractuales, pero sin especificar en muchos casos el objeto de la prestación ni crear una auténtica vinculación con consecuencias jurídicas –o al menos sin un poder de ejecución y coerción simétrico–, lo que genera cierto descrédito en este tipo de contratación y unas claras ineficiencias para el mercado, 2022, pp. 361 ss.

Cualquier ocultación sobre los datos profesionales va en perjuicio tanto del usuario profesional como del consumidor. Por ello, se exige que la plataforma se asegure de la identidad del usuario profesional e informe sobre la misma al consumidor (cfr. art. 3.5 RE-P2B). La identidad debe figurar, mediante la oportuna cláusula de información, que sea claramente visible, en cumplimiento de la transparencia del Reglamento, en los contratos de intermediación que celebren las plataformas con los consumidores. Con la DSA se quiere asegurar la mayor trazabilidad (interna y externa) posible de los usuarios profesionales, es decir la máxima identificación de ellos en los términos establecidos en el artículo 30. De acuerdo con esta norma, cuando una plataforma en línea permita a los consumidores formalizar contratos a distancia con usuarios profesionales, se asegurará de que los usuarios profesionales sólo puedan utilizar sus servicios para promocionar mensajes o realizar ofertas sobre productos o servicios a los consumidores localizados en la Unión Europea si, previamente al uso de sus servicios, la plataforma en línea ha obtenido al menos la información que fija el artículo 30. Por lo tanto, el artículo 3.5 RE-P2B debe ser completado con este precepto.

Los contratos de adhesión entre las demás partes se rigen, por el contrario, por los Derechos nacionales, sin perjuicio del efecto directo o indirecto del RE-P2B sobre estas relaciones. Cuando los usuarios finales son consumidores, los contratos de adhesión se rigen por las respectivas normas de consumo, de contenido claramente europeo por la transposición de la Directiva 93/13/CEE a los Derechos nacionales. Por último, las relaciones subyacentes entre usuarios profesionales y usuarios finales se rigen igualmente por los Derechos nacionales, también de marcado carácter europeo cuando los usuarios finales son consumidores.

Como consecuencia de estas relaciones jurídicas triangulares se da la paradoja de que en una de ellas –entre plataformas en línea y usuarios profesionales– rige principalmente el RE-P2B, que es una normativa estrictamente europea, mientras que las demás relaciones jurídicas se rigen fundamentalmente por los Derechos nacionales de consumo. Debe precisarse, no obstante, que el alcance del RE-P2B es limitado al asegurar básicamente la transparencia de las cláusulas, y por lo que respecta a la equidad, como control de contenido, es sólo sobre determinadas cláusulas de los contratos de servicios de intermediación. La equidad que se menciona en el RE-P2B puede referirse a la buena fe, a la justicia contractual, a la lealtad y a las prácticas leales en el comercio digital. En realidad, es todo a la vez. Por ejemplo, la equidad, entendida como compor-

tamiento, se exige a las plataformas en la clasificación o ranking de los usuarios profesionales. La buena fe y la lealtad en las relaciones comerciales son límites que deben respetar las plataformas en ciertas cláusulas (cfr. art. 8).

Por otra parte, el RE-P2B y la Directiva 93/13/CEE tienen distinto alcance en la protección de los usuarios profesionales y de los usuarios finales que son consumidores. Mientras que el RE-P2B tiene, entre sus principales objetivos, asegurar la transparencia de las cláusulas en los contratos de servicios de intermediación en línea con cgc, la Directiva 93/13/CEE tiene como principal objetivo proteger a los consumidores frente a cláusulas abusivas no negociadas individualmente. La protección que otorga la Directiva 93/13/CEE a los consumidores es mucho más amplia que la que ofrece el RE-P2B a los usuarios profesionales³⁶.

Ha de advertirse que el RE-P2B sólo es aplicable cuando los usuarios finales son consumidores, quedando fuera de su ámbito de aplicación las relaciones contractuales subyacentes entre usuarios profesionales y usuarios que no son consumidores

Según el considerando núm. 12 del RE-P2B, se ha de entender que el concepto de consumidor empleado para delimitar el ámbito de aplicación del presente Reglamento se refiere únicamente a personas físicas, si actúan con fines externos a su comercio, negocio, oficio o profesión. De ahí, que el artículo 2.4) se limita a definir al consumidor que es persona física. Surge el inevitable interrogante de si el Reglamento es aplicable también a las relaciones de servicios de intermediación en línea siendo el consumidor una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica. Esta cuestión se plantea al menos en nuestro ordenamiento jurídico en el que el TRLGDCU extiende su protección a estos otros consumidores (art. 3.1.2). Sólo cabe una respuesta. Partiendo de la supraordinación de las normas europeas respecto de las normas nacionales según la jurisprudencia europea, en particular cuando son reglamentos, ha de aplicarse exclusivamente el RE-P2B, el cual delimita claramente la aplicación a los contratos subyacentes entre usuarios profesionales y consumidores-personas físicas (B2C). El RE-P2B, que tiene por objeto, como cualquier reglamento, uniformar determinadas reglas de los servicios de intermediación en línea, ha determinado claramente el ámbito objetivo y subjetivo,

³⁶ Pero no debe creerse que la protección a los consumidores es tan fuerte. Una cuestión de sumo interés son las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad de las plataformas por los bienes o servicios que los usuarios profesionales realizan a los consumidores. En principio, no son abusivas. Habrá que examinar qué tipo de intermediación realiza la plataforma en línea en cuyo contrato de adhesión con los consumidores hay una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad.

quedando comprendido en el régimen establecido sólo los contratos horizontales (de bienes o servicios) celebrados entre B2C³⁷. Por si no obstante hubiera dudas, el considerando 13 del Reglamento dice claramente que éste se refiere únicamente a personas físicas, si actúan con fines externos a su comercio, negocio, oficio o profesión.

Por el contrario, las DSA y DMA se refieren, con carácter general, a usuarios finales, sean o no consumidores. Es un hueco importante esta falta de cobertura legal del RE-P2B a los usuarios finales que en calidad de empresarios o profesionales conciertan contratos de servicios de intermediación en línea con plataformas. No le falta razón a ARROYO AMAYUELAS en su crítica a esta laguna de protección cuando afirma que la transparencia y la lealtad a que están obligadas a observar las plataformas deberían haberse extendido a todo tipo de participantes³⁸. Esta desprotección del RE-P2B es aún más grave porque también quedan fuera del RE-P2B los propios usuarios profesionales que acuden a plataformas en línea para ofrecer sus bienes o servicios. Recurrir en estos casos a la aplicación analógica del RE-P2B no procede por la sencilla razón de que no hay ninguna laguna legal; optar, no obstante, por ella sería contraria a los presupuestos más elementales de esta técnica de aplicación normativa (de hacerlo, supondría «tumbar la voluntad del legislador europeo»). El legislador europeo quizá debería plantearse en el futuro un RE-P2C³⁹ o un Reglamento que abarque lo más ampliamente posible las relaciones triangulares de las plataformas en línea.

³⁷ Sobre la delimitación horizontal del reglamento y su aplicación directa a las relaciones jurídico-privadas que regula, *vid.* KÖNDGEN/ MÖRSDORF, 2021, pp. 172-173.

La prelación del RE-P2B tiene algunas excepciones, concretamente las fijadas en el artículo 1.4.: «El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de las normas nacionales que, de conformidad con el Derecho de la Unión, prohíban o sancionen comportamientos unilaterales o prácticas comerciales desleales en la medida en que los aspectos pertinentes no estén cubiertos por lo dispuesto en el presente Reglamento. El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho civil nacional, en particular el Derecho contractual, por ejemplo, las normas en materia de validez, celebración, efectos o resolución de contratos, en la medida en que las normas del Derecho civil nacional sean conformes con el Derecho de la Unión y en la medida en que los aspectos de que se trate no estén regulados por el presente Reglamento».

³⁸ ARROYO AMAYUELAS, 2021, p. 35.

³⁹ En Alemania, por encargo de la Asociación Federal Central de Consumidores (*Verbraucherzentrale Bundesverband*, e. V.) y promovido por el Ministerio Federal de Justicia y Protección de Consumidores se encargó a BUSCH un dictamen sobre la protección efectiva de los consumidores en la contratación en línea y la responsabilidad de las plataformas en línea, que se presentó el 22 de noviembre de 2019. Una de las cuestiones centrales del dictamen es en qué medida una Directiva o un Reglamento puede reforzar la protección de los consumidores en la contratación en línea. Cualquiera de las opciones sería factible, pero la ventaja de un RE-P2C facilitaría un mejor acoplamiento con el RE-P2B (2019, pp. 68-69).

Aunque las relaciones jurídicas entre unos y otros son independientes, pero lo son sólo relativamente al formar parte de una estructura triangular. La conexión entre los tres contratos no es sólo económica –los tres sujetos intervinientes se benefician económicamente–, sino también es jurídica –p. ej., las plataformas son responsables de los bienes y servicios en los que intermedian dependiendo de su grado de influencia en el contrato del usuario profesional–. La estructura triangular que se crea por intermediación de las plataformas constituye una excepción al principio de relatividad de los contratos *ex* artículo 1257-1 CC. Pero a diferencia de otras estructuras de conexión, p. ej., cuando hay una cadena entre la producción y la distribución de bienes o servicios hasta que lleguen al usuario final, las plataformas actúan principalmente como intermediarias, con su grado de responsabilidad según su grado de intervención en el mercado, pero no son ellas las que, por norma general, realizan las transacciones (no son ellas las que venden, las que ofrecen el servicio). Las relaciones están engarzadas entre sí, interconectadas se podría decir (*ineinandergreifende Rechtsverhältnisse*). Así, p. ej., las plataformas en línea deben dar la máxima transparencia a los consumidores, informándoles debidamente, sobre el usuario profesional con quien contratan⁴⁰. Las cláusulas que se pacten entre plataformas en línea y usuarios profesionales pueden incidir directa o indirectamente en los contratos

⁴⁰ Se debe reseñar la relevancia que tiene ahora para las plataformas el artículo 97 bis TRLGDCU en sus relaciones con los usuarios-consumidores en cuanto a sus deberes de información:

«1. Antes de que un consumidor o usuario quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de esta norma y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia, con especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles, la siguiente información:

a) Información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor o usuario como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros.

b) Si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea.

c) Cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un empresario, la mención expresa de que la normativa en materia de protección de los consumidores y usuarios no es de aplicación al contrato.

d) Cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero empresario tenga en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión Europea o nacional.

entre aquéllos y los usuarios finales que sean consumidores⁴¹. La actuación unilateral de las plataformas puede ser injusta y perjudicar a los intereses legítimos de los usuarios profesionales y, de modo indirecto, también a los de los consumidores de la Unión. Por ejemplo, podrían imponer unilateralmente a los usuarios profesionales prácticas que se desvían considerablemente de las buenas conductas comerciales o son contrarias a la buena fe y a la lealtad de las relaciones comerciales. Como así también las cláusulas que imponen las plataformas a los usuarios profesionales (p. ej., las cláusulas de paridad abusivas tienen efectos perjudiciales para los consumidores). En contraste del artículo 3.3 RE-P2B, que sanciona con la nulidad las cláusulas que no son transparentes, el artículo 8 del mismo Reglamento no contempla una sanción civil de las cláusulas señaladas que sean contrarias a la buena fe y a la lealtad de las relaciones comerciales. Ello supone un problema para aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, que no conocen un control específico de las cláusulas no negociadas contrarias a la buena fe entre empresarios.

En definitiva, aunque el contrato de servicios de intermediación en línea sólo vincula a las plataformas y a los usuarios profesionales, es un contrato que tiene efectos sobre los usuarios consumidores tanto con respecto a la relación que éstos establecen con las plataformas como en relación con los contratos que celebren con los usuarios profesionales. El usuario profesional cuando hace la oferta a través de las plataformas no puede perjudicar a los consumidores como terceros en este caso. Salvo el artículo 1258 CC, no tenemos una norma general que extienda la protección a los terceros en los contratos con consumidores. En el RE-P2B, en el considerando núm. 9, en su objetivo de garantizar la transparencia de la economía de plataformas en línea y la confianza en ellas en las relaciones entre empresas, afirma que ello podría contribuir indi-

e) En su caso, las garantías y seguros ofrecidos por el proveedor del mercado en línea.

f) Los métodos de resolución de conflictos y, en su caso, el papel desempeñado por el proveedor del mercado en la solución de controversias.

2. La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario».

Esta norma entró en vigor el 28 de mayo de 2022, habiendo sido insertada por el RD-ley 24/2021, de 2 de noviembre. La norma trae causa de la transposición de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. *Vid.* el nuevo artículo 6 bis de la Directiva 2011/83/UE.

⁴¹ Por todos, resulta de interés, para examinar la otra relación vertical que establecen las plataformas con consumidores, la obra de ÁLVAREZ MORENO, 2021, pp. 51 ss. *Vid.* también CAMPUZANO TOMÉ, 2022, pp. 566-574.

rectamente a mejorar también la confianza de los consumidores en la economía de plataformas en línea. No obstante, los efectos directos en los consumidores del desarrollo de la economía de plataformas en línea son objeto de otros actos jurídicos de la Unión, como las DSA y DMA.

IV. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA ENTRE PLATAFORMAS Y USUARIOS PROFESIONALES

El RE-P2B no define el contrato de adhesión de servicios de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales, pero sí describe los elementos subjetivos y objetivos de este contrato en los apartados 1), 2) y 3) del artículo 2. Además de definir el usuario profesional y el proveedor de servicios de intermediación en línea (aps. 1 y 3), determina en qué consiste el objeto de este contrato (ap. 2). Son servicios de «intermediación en línea», según esta norma, los servicios que cumplen todos los requisitos siguientes: a) constituyen servicios de la sociedad de la información⁴², b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores (se ha de precisar que mientras que el concepto de usuario profesional es uno solo en todos los Estados miembros de la UE, el concepto de consumidor no es uniforme en los ordenamientos nacionales), con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia, y c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores (ap. 3).

A diferencia de algunos pocos ordenamientos jurídicos, en el nuestro carecemos de una regulación legal general del contrato de intermediación, que, como figura contractual, forma parte del tráfico jurídico. Nos falta, sin embargo, un modelo legal en donde inspirarse. Ha sido la jurisprudencia⁴³ y la doctrina⁴⁴ las que han definido los elementos característicos básicos del contrato de inter-

⁴² Es servicio, según el artículo 1.2) de la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio de 1998, «todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios». En la LSSICE, *vid.* Anexo, letras a) y b).

⁴³ Resulta de interés el esfuerzo que hace el Tribunal Supremo en definir el contrato de intermediación en la STS 8 de marzo de 2013 (RJ 5523).

⁴⁴ Por todos, BUSTO LAGO, 2013, pp. 3481 ss.

mediación, los cuales deberán ser tenidos en cuenta a la hora de examinar el contrato de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales.

En atención a los elementos que configuran el contrato de servicios de intermediación en línea sujeto al RE-P2B, describamos ahora las principales características de este contrato, atendiendo a su objeto y sus funciones.

No siempre resulta fácil describir las características específicas del contrato de servicios de intermediación en línea, en parte porque el modo de actuación de las plataformas en el mercado digital puede variar según su intermediación sea meramente pasiva o activa, y cuando es activa puede adoptar distintos modelos de contratación en línea. Hay características que son comunes, que no son excluyentes entre sí, y otras, por el contrario, pueden ser excluyentes. Y algunas son discutibles.⁴⁵

El contrato de servicios de intermediación en línea no se puede definir simplemente como contrato de plataforma. Sería una definición excesivamente reduccionista que nos impediría conocer su verdadero significado.

Como idea básica, podemos señalar que en el marco del RE-P2B el contrato de servicios de intermediación en línea es entre proveedores de servicios –plataformas digitales– y usuarios profesionales. Es una relación vertical. Los servicios en línea que prestan las plataformas son servicios de la información, prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios (de acuerdo con el art. 1.1, letra b) de la Directiva 2015/1535, de 9 de septiembre, al que remite expresamente el art. 2.2, letra a) del RE-P2B). Es, por tanto, un contrato de servicio a distancia, que se celebra por vía electrónica y siempre a petición individual de un usuario profesional (*vid.* art. 1.1, letra b) de la Directiva 2015/1535).

Entremos ahora en la categorización de este contrato, que ha sido elaborada principalmente por la doctrina científica.

– Contrato de mediación o corretaje.

Cuena Casas, en su estudio general sobre los contratos de intermediación en línea, se acerca al contrato de mediación o corretaje para entender la naturaleza jurídica de este contrato⁴⁶. En una pri-

⁴⁵ CAMPUZANO TOMÉ subraya la diversidad de modelos y la falta reguladora adecuada a la actual economía de plataformas. Esta diversidad ha obligado a los tribunales a intervenir, resolviendo caso por caso, al objeto de determinar el papel que las plataformas digitales juegan en la contratación en línea (2022, p. 560).

⁴⁶ CUENA CASAS, *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2020), Vol. 12, Núm. 2, n. m. 147-151, pp. 329-330. También ÁLVAREZ MORENO, 2021, pp. 52-57.

mera aproximación, según su precepción, se puede decir que el servicio prestado por las plataformas cumple la misma función que el contrato de mediación, en cuanto facilita la interacción de los usuarios sin intervenir en el contrato⁴⁷ (se entiende el contrato que conciertan con unos y otros usuarios). Se puede hablar más específicamente de corretaje cuando al consumidor se ofrece por mediación de la plataforma la reserva de un alojamiento o el alquiler de un inmueble. En estos supuestos, la plataforma ejerce frecuentemente un papel activo⁴⁸.

El contrato que suscribe la plataforma en línea con el usuario profesional es un contrato de intermediación al hacer aquélla de intermediaria entre el usuario profesional y el consumidor. Se debe remarcar especialmente que, por ser un contrato de servicios de intermediación en línea, las plataformas asumen la obligación de prestar un servicio a los usuarios profesionales para que las ofertas lleguen a los consumidores. Una de las principales obligaciones de las plataformas es informar debidamente a los consumidores que acceden a ellas. El servicio en línea que prestan las plataformas a los usuarios profesionales contiene obligaciones de resultado al menos en cuanto que aquéllas deben asegurar que las ofertas que se hacen a través de sus medios técnicos lleguen a los consumidores. Obviamente, no pueden asegurar que se llegue a celebrar el contrato subyacente entre un usuario profesional y un usuario final que acude a la plataforma (es siempre un contrato de consumo cuando se aplica el RE-B2B). El acceso de los usuarios finales a las plataformas en línea es una obligación que éstas deben cumplir, por ser una obligación que asumen frente a los usuarios profesionales⁴⁹.

Finalmente, señalar que para las plataformas es importante crear confianza en el mercado de línea para que los usuarios profesionales confíen en su intermediación.

– Contrato electrónico.

Al ser un contrato que se realiza a través de medios electrónicos, comparte también las características del denominado contrato electrónico^{50 51}. Es una figura aún más amplia (éste es un contrato a distancia, oneroso, formal –indirectamente–, generalmente de

⁴⁷ Ídem, n. m. 151, p. 330.

⁴⁸ ORTI VALLEJO, 2019, p. 104.

⁴⁹ CUENA CASAS, 2020, n. m. 164, p. 335.

⁵⁰ Se entiende por vía electrónica, según el artículo 1.2) de la Directiva 98/48/CE, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético». En la LSSICE, *vid.* Anexo, letra h).

⁵¹ ORTI VALLEJO, 2019, pp. 98-99.

adhesión⁵²). El contrato de servicios de intermediación en línea puede, calificarse, como un tipo de contrato electrónico⁵³ de la sociedad de la información, y más específicamente del mercado digital. Según la definición que figura en el Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), el contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico es todo aquel contrato «en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones».

– Contrato de uso.

Se puede decir también que se trata de un contrato de uso⁵⁴ en cuanto que las plataformas en línea permiten a los usuarios profesionales ofertar bienes o servicios, y a los consumidores obtenerlos mediante la contratación electrónica⁵⁵. Los destinatarios de estos servicios o bienes, los usuarios finales, pueden entonces utilizar los servicios que prestan las plataformas.

– Contrato de acceso.

Para poder ofertar y obtener bienes o servicios hay que tener acceso a las plataformas, previa petición de los usuarios profesionales y finales. Cuenca Casas habla expresamente del contrato de acceso a la plataforma, que no deja de ser un aspecto del contrato de servicios de intermediación en línea⁵⁶. El concepto de «acceso», en palabras de Yanguas Gómez, es un concepto técnico jurídico para designar, en el ámbito de las relaciones entre empresas, un fenómeno (en realidad un deber jurídico) mediante el cual un operador de redes de comunicaciones electrónicas pone a disposición de otro (a veces por imperativo legal) determinados recursos, servicios, e infraestructuras, con el objeto de que este último adquiera la capacidad necesaria para poder actuar en el mercado como proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas frente a terceros⁵⁷. Este concepto de «acceso» descrito por este autor para las relaciones entre empresas en el ámbito del Derecho de las Telecomunicaciones, nos permite entender, no obstante, el signifi-

⁵² VEGA VEGA, 2015, p. 93.

⁵³ Tiene su origen en el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), pero la falta de estandarización de mensajes se reveló insuficiente para generar la dinámica que exige el sector (VEGA VEGA, 2015, p. 105).

⁵⁴ O, según RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, un acuerdo de uso (2021, p. 407).

⁵⁵ Así, BALDUZI, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, vol. XI, núm. 2, Nueva Serie II, 2020, pp. 213-214.

⁵⁶ 2020, n. m. 145, p. 328.

⁵⁷ YANGUAS, 2012, p. 137.

cado que tiene el acceso en el ámbito de los servicios de intermediación en línea. Para poder visitar una plataforma hay que tener acceso a ella, a veces mediante una solicitud previa, para poder, así, consultar el contenido, abierto o cerrado, de las prestaciones, condiciones y uso que oferta la plataforma. Cuando el usuario accede por primera vez a la plataforma, ésta, antes de iniciar el procedimiento de contratación, debe cumplir con los deberes de información a que obliga el artículo 27.1 LSSICE, que se dará por cumplida, según este precepto, si la plataforma incluye en su web las condiciones señaladas en este precepto. Si la información está contenida en la página o sitio web, la información precontractual queda satisfecha sin necesidad de que sea transmitida a su contraparte mediante un mensaje de datos (art. 27.1.2 LSSICE). Además, también con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, deberá poner a disposición del usuario profesional del destinatario las cgc (art. 27.4 LSSICE).

El contacto continuado que tienen los usuarios profesionales con las plataformas es a través del acceso de la web, siendo común que las plataformas ofrezcan paquetes de contenidos o servicios que se determinan por norma general unilateralmente, por lo tanto, sin negociación alguna, pero, se supone, que estas ofertas unilaterales tienen por base o fundamento las cláusulas del contrato de servicios de intermediación en línea con el usuario profesional.

Una de las características de cualquier contrato de intermediación en línea es el suministro de datos personales a las plataformas. Pero para ello las plataformas deben haber incorporado en sus condiciones generales una descripción sobre el acceso técnico y contractual de los datos personales de los usuarios profesionales (así, art. 9.1, frase primera RE-P2B)⁵⁸.

– Contrato de adhesión.

El contrato de servicios de intermediación en línea es comúnmente un contrato de adhesión. En la economía de plataformas en línea no hay, por norma general, espacio para la negociación. Cuando falta la negociación, es necesario proteger a los usuarios de plataformas. Este es el objetivo del RE-P2B, que establece reglas específicas para proteger a los usuarios profesionales frente a cláusulas no transparentes y no equitativas.

⁵⁸ Sobre el control de las declaraciones de datos personales, que no es un control de contenido, *vid.* MCCOLGAN, *AcP* (221), 2021, pp. 695 ss.

– Contrato de gestión en sentido amplio.

En términos muy generales, el contrato de servicios de intermediación en línea es un contrato de gestión⁵⁹, al menos cuando las plataformas ejercen un papel activo⁶⁰, si bien no ejercen de agente o de representante de los usuarios profesionales. La prestación realizada es, dice Cuenca Casas, puramente técnica, de aproximación de las partes contratantes –para la celebración del contrato subyacente–, y hasta cierto punto material, aunque sea a través de medios técnicos⁶¹. Se debe matizar, en opinión de Orti Vallejo, cuando la plataforma ejerce un papel activo, es decir cuando los clientes (usuarios profesionales y consumidores en el marco del RE-P2B) no pueden realizar el contrato (subyacente) sin la plataforma. En estos supuestos, a su juicio, la prestación de la plataforma debe incardinarse en el contrato de mandato. La plataforma no sólo facilita la celebración del contrato subyacente, sino que interviene en nombre del proveedor de servicios o bienes (es la causa por la que cobra comisiones por su gestión)⁶². Lo mismo cabe decir, esto es, que la plataforma es representante del proveedor de servicios (usuario profesional) cuando, además, los elementos esenciales del contrato subyacente (contrato horizontal) vienen predeterminados por las plataformas⁶³.

Según el contrato de intermediación en línea sea de servicios, de corretaje o de gestión, su contenido determina el contenido contractual, quedando sujeto a su respectiva regulación legal, la cual es, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, muy parca y hasta desfasada (valga como ejemplo la vetusta regulación del contrato de arrendamiento de servicios en el Código Civil).

– Contrato de relaciones duraderas.

El contrato de servicios de intermediación en línea es un contrato duradero o un contrato con obligaciones duraderas⁶⁴ ⁶⁵. Tanto a las plataformas como a los usuarios profesionales les interesa que

⁵⁹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALELL afirma que operador se dedica de manera profesional a desarrollar una actividad económica consistente en la gestión de una plataforma electrónica. Esta actividad de gestión centralizada se despliega a su vez en la asunción, en virtud del contrato de acceso, de un conjunto de facultades (configuradas habitualmente como derechos no como obligaciones) que mejoran el atractivo de su oferta, incrementan la confianza, dotan al entorno de mayor certidumbre, acentúan sus ventajas competitivas con las plataformas rivales o controlan su exposición al riesgo (2021, p. 408).

⁶⁰ ORTI VALLEJO, 2019, p. 104.

⁶¹ CUENCA CASAS, 2020, n. m. 151-152, pp. 330-331.

⁶² ORTI VALLEJO, 2019, pp. 106-107.

⁶³ Ídem, pp. 109.

⁶⁴ GRAF VON WESTPHALEN, 2022, n. m. 74.

⁶⁵ Esta característica, como señala ORTI VALLEJO, lo diferencia del contrato de mediación (2019, pp. 104-105).

el contrato sea duradero, continuado en el tiempo, sin perjuicio de su revisión periódica. Las plataformas han de garantizar que toda modificación que se realice en dichas condiciones generales se notifique a los usuarios profesionales en un soporte duradero, en un plazo fijo de notificación que sea razonable y proporcionado de acuerdo con las circunstancias específicas y que sea, como mínimo, de quince días. Deben ofrecerse plazos de notificación proporcionados de más de 15 días de duración cuando las modificaciones que se propongan a las condiciones generales exijan a los usuarios profesionales efectuar adaptaciones técnicas o comerciales para cumplir con la modificación, por ejemplo, si se les exige ajustes técnicos significativos en sus bienes o servicios (art. 3.2.2 RE-P2B, cfr. cdo. núm. 18).

Al ser los contratos de servicios de intermediación en línea relaciones duraderas, el acceso se mantiene durante todo ese tiempo.

– Contrato complejo.

Se dice que este contrato comparte las características de un contrato complejo, en parte porque pertenece a una estructura triangular, y también se califica como un contrato mixto cuando la plataforma ofrece sus propios bienes o servicios. Por su falta de regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico se dice también que es un contrato atípico.

– Excepcionalmente un contrato de colaboración o cooperación.

Este contrato no es por norma general un acuerdo de colaboración o de cooperación entre las plataformas en línea y los usuarios profesionales como a veces es denominado en algún ámbito. Si realmente fuese un acuerdo de colaboración o cooperación (en alemán, *Partnervertrag*), estaríamos ante una situación muy específica, concretamente cuando una plataforma ofrece, además de servir de intermediaria a los usuarios profesionales, sus propios bienes o servicios⁶⁶. Se trata de una nueva forma de negocio, el llamado *dropshipping* (contrato de triangulación), lo que permite aumentar aún más la difusión de las ofertas en el mercado. La relación jurídica con los usuarios finales (p. ej., venta de un producto de un *partner* a través de la plataforma) puede ser directa, siendo el vendedor la plataforma, o indirecta, siendo vendedor el usuario profesional.

⁶⁶ Un supuesto que examinan NAUMANN/RODENHAUSEN, concretamente la relación de la plataforma Zalando con sus *Partner* (*ZEuP*, 4, 2020, en particular pp. 781 ss., así como su impacto del RE-P2B en estos contratos, pp. 784 ss.).

Aunque los contratos de colaboración o cooperación con cada uno de los usuarios profesionales y los contratos de servicios de intermediación en línea son independientes, hay un ligamen económico y jurídico entre ellos, lo que suscitará problemas de fricción en la aplicación del RE-P2B, en particular en cuanto a los requisitos de transparencia de las cláusulas. El artículo 6 RE-P2B establece expresamente: «Cuando se ofrezcan bienes y servicios auxiliares –incluidos productos financieros– a los consumidores mediante los servicios de intermediación en línea, ya sea por parte de los proveedores de servicios de intermediación en línea o de terceros, el proveedor de servicios de intermediación en línea incluirá en sus condiciones generales una descripción del tipo de bienes y servicios auxiliares ofrecidos y una descripción de si también está autorizado, y en qué condiciones, a ofrecer sus propios bienes y servicios auxiliares a través de los servicios de intermediación en línea» (cfr. también el art. 7.2. RE-P2B). La oferta de bienes o servicios auxiliares por plataformas en línea es frecuente en algunos sectores como el de viajes o reserva de alojamiento en hoteles. La posición privilegiada de algunas plataformas en el mercado digital, como Amazon –que es una plataforma abierta–, les permite ofertar bienes o servicios propios, pudiendo llegar a crear verdaderas redes comerciales. Por ello, es necesario garantizar una transparencia no sólo en beneficio de los consumidores sino también de los usuarios profesionales.

– Contrato hasta cierto punto neutral.

Es un contrato que tiene por objeto facilitar transacciones entre usuarios profesionales y consumidores por mediación de las plataformas digitales. Es, en principio, un contrato neutral por cuanto su objeto es un servicio de intermediación propio de la sociedad de información, incluso cuando contiene prestaciones adicionales⁶⁷; sin perjuicio de que las plataformas puedan ofrecer bienes o servicios propios a los consumidores. Quienes fijan las condiciones de los bienes o servicios que se ofertan a través de las plataformas son los usuarios profesionales. Es una de las premisas para la aplicación del RE-P2B, ya que las plataformas son para el Reglamento sólo intermediarias, sin perjuicio de que pueden ofrecer bienes o servicios propios («auxiliares», según el art. 6 RE-P2B). No intervienen, ni deben intervenir, en la oferta de bienes o servi-

⁶⁷ Resulta de interés la STJUE 19 de diciembre de 2019 (asunto C-390/18) sobre las actividades que realiza Airbnb en el sector de alojamientos turísticos. El Tribunal Europeo determina que esta plataforma desarrolla un servicio de intermediación aun cuando oferta prestaciones adicionales. A la misma conclusión llega el TS Con-Adm. Sección Tercera, 7 de enero de 2022.

cios de los usuarios profesionales. Por eso es también importante que las plataformas ejerzan realmente como intermediarias y que lo hagan saber a los consumidores, debiéndose identificar ante ellos como plataformas de intermediación. Pero la neutralidad no significa necesariamente que las plataformas no sean, en su caso, responsables por su intermediación. La neutralidad puede «romperse» cuando al mismo tiempo de intermediar la plataforma en línea fija las condiciones de los elementos esenciales del contrato subyacente entre usuarios profesionales y consumidores (el art. 20 del *Model Rules on Online Platforms* hace responsable a las plataformas que ejercen una influencia predominante por los perjuicios que se causen a los consumidores). Nada dice al respecto la DSA (cfr. arts. 4 y ss.). La neutralidad se rompe igualmente cuando la propia plataforma oferta bienes o servicios⁶⁸.

V. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL RE-P2B

1. LA NOMENCLATURA JURÍDICA

Resulta indiferente el nombre que se dé a las condiciones generales en el contrato de servicios de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales. Ya lo dice el artículo 2.10): «todas las condiciones generales o cláusulas, con independencia de su nombre». Llámese condiciones generales de la contratación, condiciones generales, cláusulas, condiciones, términos, términos de uso o con cualquier otro nombre, si se cumplen los requisitos del artículo 2.10), estarán sujetas a la regulación del RE-P2B. El nombre que se dé a las cláusulas resulta, por tanto, indiferente, aun cuando comúnmente en los textos normativos estas cláusulas se identifican con las cgc para una mayor precisión y transparencia normativa, sobre todo cuando se describen sus elementos configuradores. La aclaración del artículo 2.10) «con independencia de su nombre» supone una novedad, pero simplemente constata una realidad: que en los contratos de servicios de intermediación en línea se usan términos distintos, como generalmente en muchos otros contratos de adhesión. A veces, en estos contratos, en la lista de definiciones redactada por el predis-

⁶⁸ Habrá que diferenciar en estos supuestos las cgc que son propias del contrato de servicios de intermediación en línea y las cgc del contrato de las plataformas con los consumidores.

ponente, se definen las condiciones generales, alguna vez para diferenciarlas de las condiciones particulares. La definición de las cgc debería figurar, como las demás definiciones, para garantizar su conocimiento, al comienzo del contrato, y no al final. Si bien, por norma general, las definiciones no se suelen leer, salvo cuando surgen controversias interpretativas sobre alguno de los conceptos que se usan en el contrato de servicios de intermediación en línea.

El uso de distintos términos jurídicos para el mismo concepto jurídico puede dificultar el reconocimiento en el motor de búsqueda, por lo que debería usarse el mismo término, debiéndose facilitar un reconocimiento automático. En el caso de que se usen varios términos (p. ej., condiciones generales de la contratación), se debería facilitar una búsqueda comprensiva⁶⁹.

2. DETERMINACIÓN UNILATERAL DE LAS CLÁUSULAS, EN LUGAR DE PREDISPOSICIÓN E IMPOSICIÓN, POR EL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA

En el texto del artículo 2.10) no figuran dos elementos configuradores típicos de las cgc⁷⁰, esto es, la predisposición⁷¹, por una parte, y la imposición⁷², por otra. En su lugar, el legislador europeo introduce, como elemento configurador de las cgc, la determinación unilateral de las cláusulas por los proveedores de servicios de intermediación en línea. La determinación unilateral como nota configuradora de las cgc no tiene un valor absoluto, como veremos más adelante.

Predisposición significa que las cláusulas han sido formuladas previamente (*formulated in advanced, on formulation apply*) por quien tiene la posición de predisponente (la plataforma en línea) o por un tercero. Imposición significa que no hay negociación, que no es posible la negociación del contenido de las cláusulas.

La contratación electrónica fomenta la determinación unilateral de quien a través de medios electrónicos oferta bienes o servicios⁷³. En la contratación de servicios de intermediación por

⁶⁹ Vid. MATEO RIVERA/SANCHO FERRER, 2012, pp. 161 ss.

⁷⁰ El estudio más completo, de obligada lectura, es el que realiza PAGADOR LÓPEZ, 1999, en particular, pp. 230 ss. Por el peso que tiene aún hoy en la doctrina española, vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 112 ss.

⁷¹ Sobre este elemento, por todos, PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 251-262.

⁷² Sobre este otro elemento, por todos, PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 262-276.

⁷³ Sobre la estandarización de los contratos electrónicos, ILLESCAS ORTIZ, 2019, pp. 264-265. En cuanto a la técnica contractual a través de este medio, el autor distingue

medios electrónicos no hay mucho espacio para la negociación si no se negocia aparte, en la fase precontractual, usando los tradicionales mecanismos de negociación. La LSSICE determina cuándo el contrato electrónico se ha concluido y cuándo las cgc quedan incorporados en el contrato, pero corre un velo tupido sobre la negociación.

La determinación unilateral de las cláusulas como elemento configurador de las cgc, en lugar de su predisposición o formulación anticipada y de su imposición, se debe poner en relación con la frase segunda del artículo 2.10), ya que la negociación que no obstante hubiera habido entre una plataforma digital y un usuario profesional no impide que, valorando conjuntamente determinadas circunstancias previstas en la norma, la determinación sea unilateral.

No es determinante, pues, según el artículo 2.10), que las plataformas en línea predispongan, y menos aún que impongan cláusulas, sino que se hayan determinado unilateralmente. La calificación de las cgc de los contratos de servicios de intermediación en línea sujetos al RE-P2B se debe hacer de acuerdo con el artículo 2.10), debiendo prevalecer a la definición que se da a las cgc en el artículo 1.1 Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), sin perjuicio de que este precepto puede servir de interpretación complementaria del art. 2.10). Atendiendo a la definición de las cgc en el artículo 1.1 LCGC, son elementos claves la predisposición y la imposición de las cláusulas. En cierta medida, la determinación unilateral engloba la predisposición –la fijación unilateral es una predisposición– y la imposición –determinar unilateralmente el contenido de las cláusulas implica imposición–⁷⁴. Pero hemos de insistir en que el requisito de la determinación unilateral de las cláusulas como criterio para definir las cgc no se puede entender sin el análisis pormenorizado de la segunda frase del artículo 2.10).

entre el acuerdo negocial y previo o acuerdo marco y las cgc. La primera fórmula se adapta en particular al comercio electrónico de entorno cerrado y de presumible larga duración –por el número amplio de transacciones a producirse a lo largo del tiempo– entre las mismas partes. La segunda fórmula se adecua a relaciones de comercio electrónico a establecerse en entornos abiertos y esporádica entre las partes (p. 263). Cabe precisar, no obstante, cuando son plataformas, las relaciones siempre son duraderas si son con usuarios profesionales, tanto las cerradas como las abiertas, pudiendo servir el contrato de servicios de intermediación en línea con condiciones generales como contrato marco en la aplicación de los acuerdos diarios entre plataformas y usuarios profesionales.

⁷⁴ Para ÁLVAREZ MORENO se trata de cláusulas predisuestas e impuestas (2021, p. 78).

3. LA INDIFERENCIA DE LA FORMA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

No sólo resulta irrelevante el nombre que se dé a las cláusulas para considerar que son cgc, sino también la forma en que aparecen en las relaciones con usuarios profesionales. El medio técnico prevalente es la contratación electrónica, pero cualquier otra forma vale, como, p. ej., la contratación verbal (lo cual no deja de ser algo excepcional). Resulta irrelevante que las cláusulas aparezcan en documentos escritos a máquina o en documentos impresos, o se hayan transcritos de formularios ya existentes, o se remitan a enlaces. La especificación en el art. 2.10) según la cual las cláusulas son cgc con independencia de la forma en que aparecen no es un criterio que siempre aparece en las normas que las definen. Nuestra LCGC, en el artículo 1.1, en términos parecidos considera también que la apariencia externa no ejerce ninguna influencia en que las cláusulas sean o no cgc.

4. OMISIÓN DEL CRITERIO DE PLURALIDAD DE CONTRATOS DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El artículo 2.10) omite totalmente lo que ha sido tradicionalmente un requisito de las cgc, esto es, su predisposición para una pluralidad de contratos. El mismo requisito podría exigirse a las cláusulas predispuestas en los contratos de servicios de intermediación en línea como elemento configurador de las condiciones generales de la contratación. Sin embargo, este requisito no aparece en la redacción del artículo 2.10). Al definir el término «condiciones generales» el legislador europeo parece que se refiere a las cláusulas que por las plataformas se usan para varias transacciones, incorporadas como dice el artículo 1.1 LCGC *in fine*, en una pluralidad de contratos. Sin embargo, de la segunda frase del artículo 2.10) no cabe colegir, al menos no con la debida claridad, que el RE-P2B tiene exclusivamente por objeto asegurar la transparencia y la equidad en los contratos de servicios de intermediación cuyo contenido sea el mismo para una pluralidad de transacciones.

Ya antes, en la Directiva 1993/13/CEE el elemento de la generalidad o uniformidad había dejado de tener relevancia, había perdido su función delimitadora en los contratos con consumidores⁷⁵.

La omisión del requisito de la pluralidad de contratos puede deberse a que en el mercado digital son muchos los usuarios profesionales que contratan siempre con las mismas plataformas, algunas de ellas con un gran poder. Cabe preguntarse, por ello, si la pluralidad de los contratos de servicios de intermediación en línea es un elemento configurador necesario⁷⁶, imprescindible, para proteger a los usuarios profesionales. Ciertamente, la predisposición de cláusulas para una pluralidad de contratos es un indicio de que el usuario profesional no tiene poder alguno para negociar con la plataforma, ni en la fase precontractual, ni tampoco cuando se celebra el contrato de servicios de intermediación en línea. Seguramente a muchos usuarios profesionales ni siquiera les interesa negociar porque lo importante para ellos es poder acceder a los servicios de intermediación que ofrecen las plataformas en línea para ofertar sus bienes o servicios a los usuarios finales. El usuario profesional tendrá la misma imposibilidad o dificultad de poder negociar las cláusulas, con independencia de que el contrato es único o son varios con el mismo contenido. La protección del usuario profesional debe ser la misma, al margen del número de contratos de servicios de información en línea que celebre la plataforma con otros usuarios profesionales. Puede ser una de las razones del legislador europeo para prescindir de la pluralidad, generalidad o uniformidad de contratos como elemento configurador de las cgc en este sector de la contratación. Ello abre el interrogante de si el RE-P2B extiende la cobertura legal al contrato individual entre una plataforma y un usuario profesional que no haya sido objeto de negociación. Corresponderá a la jurisprudencia europea y, en su caso, a la jurisprudencia nacional determinar si es también de aplicación del RE-P2B. En caso afirmativo, habrá que preguntarse si la protección del RE-P2B debe ser la misma. Con independencia de que las cláusulas no negociadas sean para un solo contrato o para una pluralidad de contratos, los intereses del predisponente son los mismos, y, por tanto, la protección debería ser la misma cuando se cause un perjuicio al adherente⁷⁷. Por la misma razón, no debería bajarse el listón de transparencia y de equidad que asegura el RE-P2B cuando son

⁷⁵ Vid. PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 254-255; también nota 73, p. 253.

⁷⁶ Una lectura crítica sobre la pluralidad de contratos como elemento configurador de las cgc hace BUZ en su artículo doctrinal, *AcP* (219), 2019, pp. 1 ss.

⁷⁷ BUZ, 2019, p. 21.

cláusulas que no han sido negociadas individualmente entre una plataforma y un usuario profesional.

5. LA VALORACIÓN GENERAL DE LA DETERMINACIÓN UNILATERAL DE LAS CLÁUSULAS. INDICIOS NEGOCIALES NO DETERMINANTES

5.1 **La valoración general de los indicios negociales en la determinación unilateral de las cláusulas**

La segunda frase del artículo 2.10) no resulta novedosa en el Derecho de las condiciones generales de la contratación, si bien su contenido puede llamar un tanto la atención. Según esta disposición, «tanto si se han determinado unilateralmente como si no, esa determinación unilateral ha de apreciarse sobre la base de una valoración general, en la que no deben ser determinantes ni las dimensiones relativas de los interesados, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas cláusulas hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor y el usuario profesional». Por norma general, en los textos normativos se suele contraponer las cgc a las cláusulas negociadas individualmente como criterio delimitador, incluso determinando cuándo no hay negociación individual. Pero el artículo 2.10) lo que exige es una valoración general de determinadas circunstancias, fijadas por la norma —que deben ser entendidas como indicios—, que concurren aislada o conjuntamente, para calificar, en su caso, que las cláusulas son condiciones generales, normalmente no en su conjunto, sino cada cláusula que haya sido incorporada en los contratos de servicios de intermediación en línea. La valoración ha de apreciarse caso por caso (cdo. núm. 14). En esa valoración general no deben ser determinantes, en sí mismos, ni el tamaño relativo de las partes, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas disposiciones hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor de servicios y el usuario profesional.

5.2 **Primer indicio de valoración (no determinante): las dimensiones de las plataformas digitales y de los usuarios profesionales**

En principio, debería resultar indiferente cualquier criterio dimensional de las empresas que contratan con otras empresas,

tanto quienes determinan unilateralmente las cláusulas como las que se adhieren a ellas⁷⁸ ⁷⁹. Uno de los aspectos positivos del RE-P2B es que no distingue. Sea pequeña, mediana o grande la empresa que contrata con una plataforma, del tamaño que sea, un servicio de intermediación en línea para ofertar mediante ella bienes o servicios, la protección debe ser la misma, debiendo regir los mismos criterios de transparencia y de equidad que fija el RE-P2B⁸⁰. Al referirse el artículo 2.10), no obstante, a las dimensiones relativas de las empresas en la economía de línea, lo que quiere decir es que la dimensión de las empresas no es, ni debe ser, determinante para valorar que las cláusulas son o no cgc (o, más ampliamente, cláusulas no negociadas). En realidad, el criterio dimensional de las empresas puede tener, en su caso, alguna relevancia para determinar que pudo haber negociación cuando la plataforma y el usuario tienen más o menos la misma repercusión en el mercado interior. Pero aquellas plataformas en línea, que tienen una significativa repercusión en el mercado interior, no conceden comúnmente ningún poder de negociación a los usuarios profesionales, menos cuando éstos sean pequeños o medianos. Pero incluso grandes plataformas no negocian con grandes empresas, aunque, en principio,

⁷⁸ Así, ALBIEZ DOHRMANN, 2009.; también MATO PACÍN, 2012, p. 126.

⁷⁹ Raros son los textos legales que delimitan la protección atendiendo a criterios dimensionales de las empresas frente a cgc abusivas, como, p. ej., el Nuevo Código Civil holandés (art. 6: 235.1 NBW). En la Propuesta de un Código Empresarial Europeo (2021), en el título dedicado al Derecho de las prácticas comerciales desleales entre profesionales, se limita el ámbito de aplicación a las microempresas y pequeñas y medianas empresas según la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión (art. 126 del anteproyecto de regulación del Derecho de Mercado, que forma parte de esta Propuesta europea).

⁸⁰ El RE-P2B sí hace una matización en cuanto a la dimensión de las empresas que sean proveedores de servicios de intermediación en línea en cuanto al sistema interno de tramitación de reclamaciones según el artículo 11. En concreto, dice que «las disposiciones de este artículo no se aplicarán a los proveedores de servicios de intermediación en línea que sean pequeñas empresas en el sentido del anexo de la Recomendación 2003/361/CE». Una Recomendación de la Comisión Europea se eleva a rango normativo, y por tanto vinculante. La razón de la exclusión del sistema interno de reclamaciones de las pequeñas plataformas se explica en el considerando núm. 38 del Reglamento: «Teniendo en cuenta los costes de establecer y gestionar estos sistemas, resulta apropiado que quede exento de dichas obligaciones todo proveedor de servicios de intermediación en línea que constituya una pequeña empresa, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión». Según el artículo 2.2 de la Recomendación, en la categoría de las PYME, se define a una pequeña empresa «como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros». También quedarían excluidas las microplataformas del sistema interno de tramitación de reclamaciones, aunque no se mencionan en el artículo 11.5 RE-P2B. Según el artículo 2.3 de la Recomendación, en la categoría de las PYME, se define a una microempresa como «una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros». Si una pequeña plataforma queda excluida del artículo 11.5 RE-P2B, con mayor razón quedan también fuera las microplataformas.

Las pequeñas y las microplataformas tampoco están obligadas a designar mediadores para llegar a acuerdos con usuarios profesionales en caso de conflicto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.7 RE-P2B.

cabría pensar lo contrario. Igualmente, hay plataformas pequeñas que no negocian con usuarios profesionales, cualquiera que sea la dimensión de éstos. No hay, por otra parte, criterios objetivos cuándo una empresa tiene una u otra dimensión, a no ser que se fijen criterios objetivos. Para el RE-P2B las dimensiones de las empresas no son determinantes, casi se podría decir que son poco relevantes⁸¹. Se podría haber prescindido –creo– perfectamente de este indicio en el artículo 2.10).

Hay plataformas que por sus dimensiones controlan los mercados, actuando como puertas de acceso o guardianes de acceso, entre usuarios profesionales y usuarios finales, alterando a veces las reglas del mercado digital, dando lugar a prácticas en ocasiones desleales. Para luchar contra estas prácticas desleales, que pueden ser nocivas para los usuarios profesionales y los usuarios finales, se debe estar a la DMA⁸². Para determinar cuándo una plataforma, siendo un proveedor de servicios básicos, tiene la consideración de guardián de acceso (*gatekeeper* –su acrónimo es GAFA–), se establecen en los apartados uno y dos del artículo 3 distintos criterios objetivos (umbrales cuantitativos) en función de distintos criterios económicos (umbrales cualitativos): Si tiene una gran influencia en el mercado interior (a); presta un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales (b), y tiene una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo (c). Se presumirá que una empresa cumple los respectivos requisitos establecidos en el apartado 1: en relación con el apartado 1, letra a), cuando la empresa consiga un volumen de negocios anual en la Unión igual o superior a 7 500 000 000 euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización bursátil media o su valor justo de mercado equivalente ascienda como mínimo a 75 000 000 000 euros en el último ejercicio, y preste el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros (a); en relación con el apartado 1, letra b), cuando proporcione un servicio básico de plataforma que, en el último ejercicio, haya tenido al menos 45 millones mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en la Unión y al menos 10 000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión, identificados y calculados de conformidad con la metodología y los indicadores establecidos en el anexo (b); en relación con el apartado 1, letra c),

⁸¹ GRAF VON WESTPHALEN, 2022, ns. ms. 102 y 103

⁸² COM (2020) 842 final.

cuando se hayan alcanzado los umbrales establecidos en la letra b) del presente apartado en cada uno de los últimos tres ejercicios (c).

Entre los servicios básicos de plataforma que están comprendidos en la DMA figuran los servicios de intermediación en línea (art. 2.2, letra a), que son aquellos que cumplen los requisitos fijados en el artículo 2.2 RE-P2B, al que remite expresamente (art. 2.5). Corresponderá a la Comisión Europea investigar las prácticas (cfr. arts. 14 y ss. y arts. 20 y ss.) que delimitan la disputabilidad en el mercado interior o son desleales, particularmente cuando no cumplen determinadas obligaciones según la normativa europea (cfr. arts. 5 y 6). Por lo tanto, sólo a la Comisión Europea corresponderá investigar las prácticas de los *gatekeeper* en el mercado, si cumplen o no las obligaciones que les impone la normativa europea, abriendo, en su caso, una investigación cuando el incumplimiento es sistemático para imponerles medidas correctoras proporcionales a la infracción cometida (art. 18.1).

5.3 Segundo indicio de valoración (no determinante): negociación entre la plataforma y el usuario profesional

Una negociación entre la plataforma y el usuario profesional para concertar un contrato de servicios de intermediación en línea no es tampoco un indicio determinante que haya sido objeto de negociación.

Antes de examinar este segundo indicio, deberíamos tener en cuenta que el RE-P2B sólo regula una parte de las cláusulas más usuales en los contratos de servicios de intermediación (cláusulas de restricción, suspensión y terminación, cláusulas sobre los parámetros que rigen la clasificación –cláusulas de ranking–, algunas cláusulas específicas, cláusulas relativas a datos...). Sin embargo, el control específicamente de transparencia que pretende asegurar el RE-P2B comprende todas las cláusulas, sean cláusulas sobre elementos principales (p. ej., el precio) o accesorios de los elementos principales (p. ej., condiciones de pago del precio) o simplemente cláusulas accesorias del contrato de servicios de intermediación en línea. Por consiguiente, cualquier cláusula de un contrato de servicios de intermediación en línea está sujeta a los requisitos de transparencia [claridad y comprensibilidad según el art. 3.1.a) RE-P2B]. La exigencia de que las relaciones comerciales se desarrollen de buena fe y se basen en la lealtad es, sin embargo, sólo respecto de determinadas cgc (art. 8.1). Y aun habiendo sido negociadas algunas de ellas, ello no quiere decir necesariamente que no sean condiciones generales. Al menos no es determinante según el artículo 2.10). Se suele excluir de las condiciones generales las

cláusulas que regulan los elementos esenciales porque se niega que puedan ser objeto de un control de contenido, salvo que traspasen los límites intrínsecos de la autonomía de voluntad. Pero cuando se trata del control de transparencia formal y material, exigiendo que las cláusulas sean claras, comprensibles y no perjudiquen los intereses de la otra parte contratante, esta exclusión desvanece por completo. El RE-P2B sólo contempla el control de transparencia formal, dejando fuera el control de transparencia material, sin perjuicio de este segundo control por los Derechos nacionales, como, p. ej., el Derecho alemán (§ 307.1, frase segunda, BGB). Nuevamente en nuestro Derecho carecemos de una norma específica que permite el control de la transparencia material de las cgc entre empresarios⁸³.

En la economía de plataformas en línea, los usuarios profesionales no conocen la mayoría de las veces las cgc, ni tampoco tienen un gran interés en conocerlas, aunque hayan prestado su consentimiento en el contrato de servicios de intermediación en línea. A los usuarios profesionales les preocupa principalmente las comisiones, la gestión de pago, las clasificaciones... Lo más importante para ellos es que puedan entrar en el mercado en línea y mantener el acceso a ella, sea abierto o cerrado. Una parte importante, por no decir la principal, de sus ganancias se obtiene gracias a las plataformas. La difusión de los bienes o servicios que los usuarios profesionales prestan a través de las plataformas es mucho mayor, y es menos costosa que cualquier publicidad por iniciativa propia. Estas realidades, que son exclusivamente económicas, explican el poco o nulo interés de los usuarios profesionales de negociar con las plataformas, de conocer las cláusulas, y menos todavía cuando son empresas pequeñas o medianas. Incluso las grandes empresas, que prefieren trabajar con plataformas potentes, no entran a negociar con ellas sobre los contenidos de los servicios que prestan.

En las relaciones diarias mediante el acceso permanente, normalmente a través de extranet, los usuarios profesionales toman constantemente decisiones de acuerdo con los mensajes de datos que suministran las plataformas en «cajones prefabricados» para mejorar las ofertas a los usuarios finales. Las decisiones que se toman se hacen normalmente sin consideración a las cláusulas del contrato que les une con las plataformas. Aunque los departamentos de marketing de los usuarios profesionales tomarán las decisio-

⁸³ Sobre este tema existe un amplio debate en el que he participado mediante diversos artículos doctrinales. Por todos, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2021, en particular pp. 359 ss.

nes apropiadas para posicionarse y mejorar sus productos cada día en el mercado, no son decisiones negociadas con las plataformas, sino que vienen previamente condicionadas por éstas en los mensajes de datos que envían. Las plataformas harán en ocasiones uso de cláusulas previamente codificadas en programas (script), por lo tanto, no negociadas y no necesariamente ligadas al contrato de servicios de intermediación en línea, que se pueden ejecutar por los usuarios profesionales en cada momento.

La contratación de las plataformas con los usuarios profesionales es por vía electrónica –la tradicional–, concretamente por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos. Habría que preguntarse cuánto «espacio» hay para la negociación en la contratación electrónica. La comunicación comercial de la plataforma con el usuario profesional no se rige por el RE-P2B, sino por la LSSICE. La comunicación puede contener una verdadera oferta o una mera invitación a contratar informando al usuario profesional del servicio de intermediación que se presta. Antes de iniciar la contratación, la plataforma debe cumplir con los deberes de información que imponen los artículos 10 y 27 LSSICE. Entre las obligaciones previas, la plataforma «deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario» (art. 27.4). Pero antes, las plataformas deben garantizar a los usuarios profesionales el conocimiento real de las cgc en cumplimiento de los artículos 5.3 y 7 LCGC, si bien la celeridad con que se celebran los contratos electrónicos dificulta el conocimiento efectivo de las cgc. Esta dificultad se solventa con el anuncio de las cgc en la web de la plataforma en la que puede navegar el usuario (*browsewrap*)⁸⁴. La puesta a disposición de las cgc ha de hacerse por medios electrónicos, debiendo tener el usuario profesional la posibilidad de almacenarlas. Los usuarios profesionales si quieren negociar con las plataformas lo harán respecto de algunas cláusulas o acordando condiciones particulares⁸⁵. Sea la aceptación de las cgc por suscripción (aceptando las cgc pulsando el icono de

⁸⁴ Sobre esta forma de contratación, en particular CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital», 2022, pp. 367 ss. y pp. 374 ss. Este autor propone regular el fenómeno de la contratación por mera navegación (pp. 398-399).

⁸⁵ «Condiciones particulares» es el documento que recoge, para cada caso concreto, las condiciones adicionales, matizaciones o excepciones a estas cgc a otros documentos incluidos en la documentación contractual. Las condiciones particulares establecidas entre las partes que pudieran entrar en contradicción con estas cgc prevalecerán sobre las disposiciones correspondientes de las cgc. Sin embargo, las cgc prevalecerán sobre los términos y condiciones que sean contradictorios con las mismas incluidas por el proveedor en su oferta.

aceptación *–click-wrapping–*⁸⁶ ⁸⁷ ⁸⁸ o por referencia (*clickwrap agreements*)⁸⁹, no hay apenas margen para la negociación si no es por medios no electrónicos. La incorporación de las cgc en el contrato de servicios de intermediación en línea no queda, sin embargo, asegurada mediante el *browsewrap* si no es mediante una referencia expresa a las cgc.

Cuando los usuarios profesionales se registran en el servicio de alojamiento de datos, aceptan también las condiciones generales del contrato de servicios de intermediación en línea, previo cumplimiento del artículo 27.4 LSSICE. Cabe preguntarse si es suficiente que en el mensaje de datos de la plataforma haya una simple referencia o remisión a las cgc. En principio, podría ser suficiente a tenor de lo que dice el precepto⁹⁰. El RE-P2B, por otra parte, nada dice sobre la incorporación de las cgc en el contrato de servicios de intermediación en línea.

Por otra parte, las plataformas suelen desarrollar, especialmente cuando tienen influencia en el mercado digital, sus propios modelos de negocio, los cuales son tomados como referencia por plataformas menos influyentes. A esta autorregulación del mercado en línea, que no conoce fronteras, se deben fijar ciertos límites mediante regulaciones legales imperativas como los que fija el RE-P2B. Uno de los indicios de influencia predominante de la plataforma en mercado es, según el artículo 20.2 del *Model Rules on Online Platforms* del *European Law Institute*, que los términos del contrato entre proveedor y el cliente son determinados esencialmente por el operador de la plataforma⁹¹.

Una singularidad del artículo 2.10) que no aparece en los textos normativos que delimitan las cgc es el indicio de la negociación misma del contrato de servicios de intermediación en línea. No por el hecho de que se haya negociado el contrato, no deja de ser un indicio, que, además, no es determinante para negar que el contrato celebrado es de adhesión. ¿A qué se refiere el artículo 2.10) cuando dice «negociación»? En la fase precontractual,

⁸⁶ Se consideran incorporadas las cgc en los contratos con consumidores, según la jurisprudencia europea, cuando las condiciones ofrezcan al menos un hipervínculo cuyo contenido desplegado puede ser impreso o guardado en soporte duradero (SSTJUE 21 de mayo de 2015, asunto C-322/14 y 5 de julio de 2012, asunto C-49/11). Más reciente, sobre incorporación de cgc en un contrato entre empresarios, cfr. la STJUE de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21.

⁸⁷ CAVANILLAS MÚGICA, 2003, pp. 165 y 167.

⁸⁸ Según GRIMALT SERVERA, se debe aceptar mediante clic el contrato, y después se debe aceptar también mediante clic las cgc (2014, p. 388).

⁸⁹ GONZÁLEZ GONZALO, 2004, pp. 230-231.

⁹⁰ ILLESCAS ORTIZ, 2019, pp. 264-265.

⁹¹ El artículo 20 forma parte del capítulo V que regula la responsabilidad de los operadores de plataforma con influencia predominante.

especialmente cuando la plataforma y el usuario profesional tienen la misma repercusión en el mercado, puede haber un acercamiento entre las partes expresando cada uno sus intenciones, pero esto no significa que están negociando el contenido del futuro contrato de servicios de intermediación en línea. En el lenguaje jurídico alemán se distingue entre *verhandeln* y *aushandeln*, una distinción que no conocemos en el nuestro. En la versión alemana del artículo 2.10) figura la palabra *verhandeln*, que coincide con lo que nosotros llamamos negociación (en la versión francesa aparece la palabra *négociation*, en la inglesa *negotiation*, en la italiana *negoziazione*, en la portuguesa *negociação*), pero *verhandeln* sólo significa que las partes realizan actividades dirigidas a la celebración de un futuro contrato de servicios de intermediación en línea⁹² (intercambio de opiniones, acercamientos sucesivos, pero sin realizar aún ofertas y contraofertas serias). Entendida en este sentido la negociación, en ningún caso es un indicio que debe ser valorado o tenido en cuenta en la calificación de las cláusulas como cgc. El término *aushandeln* significa algo más que negociar: significa que se negocia realmente, que hay una verdadera negociación, en la que no sólo se discute global e individualmente el contenido de las cláusulas, sino que se realizan ofertas, y en su caso contraofertas. No es una mera negociación procedimental, en palabras de Carrasco Perera⁹³ y Giménez Costa⁹⁴, sino una producción consensuada entre las partes (sería equivalente a *aushandeln*). Es mucho más que poder influir en el contenido del contrato de quien en principio no tiene poder negociación. Hay negociación en este sentido cuando la plataforma está dispuesta real y seriamente a tomar en consideración los intereses del usuario profesional, dándole libertad para configurar también el contenido de las cláusulas⁹⁵. Aun en este caso, habiendo una verdadera negociación, no por ello es determinante para excluir las cláusulas el contrato de servicios de intermediación en línea del RE-P2B⁹⁶. Carrasco Perera se pregunta hasta donde debe llegar la tensión negociadora para que haya una verdadera negociación, lo cual no deja de ser algo especulativo⁹⁷. Nosotros no tenemos un precepto paralelo como en el Derecho alemán, concretamente el § 305.1, frase tercera, BGB, según el cual «Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwis-

⁹² GRAF VON WESTPHALEN identifica esta negociación con una *reine Tätigkeit* (2022, n. m. 105).

⁹³ CARRASCO PERERA, 2021, p. 867.

⁹⁴ GIMÉNEZ COSTA, 2012, p. 132.

⁹⁵ ASÍ, PAGADOR LÓPEZ, 1999, en particular, pp. 299-312.

⁹⁶ GRAF VON WESTPHALEN, 2022, n. m. 106.

⁹⁷ CARRASCO PERERA, 2021, pp. 867-868.

chen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind». La singularidad del texto europeo es que aun habiendo habido una verdadera negociación, ello no es determinante para desproteger al usuario profesional si valorando conjuntamente otros indicios se llega a la conclusión contraria. Entre estos indicios está la dimensión de la plataforma. En relaciones que son verticales, en las que por tanto hay una dependencia económica o de mercado, como las que regula el RE-P2B, es difícil que haya negociación entre las partes. Por consiguiente, la plataforma que quiera probar que no obstante ha habido una verdadera negociación tendrá que aportar pruebas totalmente convincentes para negar que el contrato de servicios de intermediación en línea no ha sido negociado.

5.4 Tercer indicio de valoración (no determinante): cláusulas individuales negociadas conjuntamente entre la plataforma y el usuario profesional

Una singularidad del texto europeo es que separa la negociación propiamente del contrato de servicios de intermediación en línea de las cláusulas que individualmente hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por la plataforma y el usuario profesional. En los textos europeos (la Directiva 93/13/CEE y el *soft law*) y nacionales se refieren exclusivamente a la negociación de una o varias cláusulas o parte de su contenido, que por ser objeto de negociación, no por ello las demás cláusulas quedan fuera de los distintos específicos controles. El artículo 2.10) exige para considerar que las cláusulas se han negociado es que hayan sido determinadas conjuntamente. Desde luego, no hay negociación si la plataforma facilita al usuario profesional para su elección un listado de cláusulas, lo cual no deja de ser un acto unilateral (cfr. II.-1:110 DCFR); tampoco cuando el usuario profesional puede influir en el contenido de la cláusula (art. 3.2 Directiva 93/13/CEE⁹⁸). Ninguno de estos dos indicios figura en la LCGC y tampoco en el TRLGDCU. El artículo 2.10) es más exigente. Para que una cláusula individual o una parte de ella haya sido objeto de negociación, ha de ser determinada conjuntamente –dice el artículo 2.10)– por la plataforma y el usuario profesional, no sólo que ambas partes hayan podido influir en su contenido⁹⁹, sino que su contenido ha tenido que ser verdaderamente negociado

⁹⁸ Una guía orientativa práctica para determinar cuándo las cláusulas son o no negociadas propone PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 323-329.

⁹⁹ Sobre la posibilidad de influir el adherente en las cláusulas propuestas por el pre-disponente, en su contenido, ampliamente PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 315-329.

por ambas partes (*ausgehandelt* por ambas partes). La determinación conjunta o proposición consensuada de alguna cláusula o de una parte excluye que la determinación o proposición haya sido unilateral por parte de la plataforma. Aun este caso, como dice el artículo 2.10), tampoco es determinante para negar que las demás cláusulas no hayan sido negociadas. En realidad, lo que se pretende decir es que aun en este caso las demás cláusulas se rigen por las disposiciones del RE-P2B. A juicio de Álvarez Moreno, el RE-P2B da un paso más, porque su aplicación se extiende tanto a las condiciones impuestas como a las pactadas por las partes¹⁰⁰.

Ya en la Directiva 93/13/CEE se opta por una postura intermedia al no exigir que todas las cláusulas no sean negociadas para proteger a los consumidores. El hecho de que –como dice el art. 3.2.2– «ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión».

Esta postura intermedia es la que se adopta también en la LCGC para calificar las cláusulas como cgc aun cuando algunas o parte de ellas hayan sido negociadas. Según el artículo 1.2, «el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».¹⁰¹

Encontramos, pues, elementos en común entre los dos textos europeos y el Derecho español, con la particularidad de que éste tiene en consideración la valoración global de las cláusulas en cualquier contrato con condiciones generales.

5.5 ¿Otros indicios de valoración (no determinantes)?

El artículo 2.10), como norma general que es, no debería ser interpretado como una norma que contiene una lista cerrada de indicios, aun cuando el considerando núm. 14 no menciona otros indicios que los que aparecen en el precepto.¹⁰² Un indicio de negociación sería la concertación verbal de alguna cláusula o parte de su contenido. Aun cuando la contratación de servicios de intermediación en línea es mediante medios tecnológicos –es una de sus características–, muy ocasionalmente podría darse el caso de que

¹⁰⁰ ÁLVAREZ MORENO, 2021, p. 77.

¹⁰¹ La apreciación global como criterio interpretativo no aparece en el artículo 82.2 TRLGDCU. Tampoco es necesario, ya que rige el artículo 1.2 LCGC, que es la norma general.

¹⁰² Así, GRAF VON WESTPHALEN, que entiende que la lista es cerrada (2022, n. m. 113).

verbalmente fuese concertada la cláusula. Otro indicio podría una eventual transacción entre las partes sobre el contenido de una cláusula. O que en un documento independiente se acuerde una nueva cláusula o se modifique alguna de las cláusulas determinadas unilateralmente.

5.6 La valoración general de los indicios

En la valoración general se puede tomar en consideración cada uno de los indicios *ex* artículo 2.10), pero ninguno de los indicios es determinante, ni siquiera concurriendo todos, para negar la aplicación del RE-P2B. El contrato de servicios de intermediación que se somete a un somero escrutinio para determinar si contiene cláusulas negociadas no deja de ser un riesgo para ambas partes del contrato¹⁰³, pero sobre todo para el usuario profesional, cuya protección es mucho mayor de aplicarse el RE-P2B.

En el sistema interno de tramitación de reclamaciones, en la mediación o ante los tribunales pueden surgir controversias en torno a si una o varias cláusulas del contrato de servicios de intermediación han sido negociadas. Serán, en este caso, las propias partes, el mediador (o mediadores) o el tribunal los que tendrán que valorar los indicios de negociación que hubiera. Una valoración general positiva (o apreciación global positiva) de alguna(s) cláusula(s) no excluye que las demás cláusulas hayan sido determinadas unilateralmente, como tampoco una valoración general negativa significa que las demás cláusulas hayan sido negociadas. En su caso, cuando haya alguna nueva controversia sobre alguna otra cláusula, habrá que valorar nuevamente, de acuerdo con los parámetros del artículo 2.10), si ha sido negociada o no.

Un tanto particular es la valoración general de las cláusulas en aquellos supuestos en los que las plataformas no sólo ofrecen sus bienes o servicios de intermediación en línea, sino que conciertan con cada uno de los usuarios profesionales o con alguno de ellos un contrato de colaboración o de cooperación, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por los respectivos Derechos nacionales. Al mismo tiempo, los contratos de servicios de intermediación en línea con cada uno de ellos están sujetos a los requisitos de transparencia y de equidad del RE-P2B. Aun cuando algunas cláusulas del contrato de colaboración ligadas al contrato de servicios de intermediación en línea hayan sido negociadas, su valoración debe quedar sujeta a los criterios del artículo 2.10). Ello significaría que las

¹⁰³ Puesto de relieve por NAUMANN/RODENHAUSEN, *ZEuP*, 2020, p. 785.

cláusulas están sujetas a los mismos requisitos de transparencia y de equidad del RE-P2B¹⁰⁴. Pero ello no necesariamente tiene que beneficiar a los usuarios profesionales, porque ellos prefieren negociar las cláusulas, y si efectivamente han sido negociadas, no están interesados en someterlas a un control más intenso¹⁰⁵.

5.7 ¿Inversión de la carga de la prueba o facilitación de la prueba?

Tradicionalmente se ha venido defendiendo que mientras en los contratos con consumidores corresponde al empresario probar que las cláusulas han sido negociadas (una, algunas o todas), en los contratos entre empresarios corresponde al empresario que lo alega acreditar que las cláusulas son condiciones generales. La presunción de no negociación de las cláusulas en contratos con consumidores, que es una concesión del legislador europeo, favorece claramente a los consumidores al asegurar una mayor protección de sus derechos (la presunción de no negociación viene establecida en el art. 3.2.3 de la Directiva 93/13/CCE; en el TRLGDCU, en el art. 82.2-2; sin embargo, no viene articulada en la LCGC).

Aunque en el RE-P2B no se formula expresamente una presunción de no negociación de cláusulas incorporadas en los contratos de servicios de intermediación en línea, cabría deducirla del artículo 2.10). Esta conclusión a la que se llega es porque la definición que contiene este precepto es omnicomprendiva. La presunción tácita que establece, que es *iuris tantum*, beneficia a los usuarios profesionales cuando denuncian la falta de transparencia o de equidad de las cláusulas porque quedarían eximidos de probar que las cláusulas son cgc, correspondiendo a las plataformas la prueba de que hubo negociación. En el caso de que se discutiera que ha habido negociación, corresponderá entonces a la plataforma probar que los indicios *ex* artículo 2.10) a favor de la negociación fueron determinantes. Al final, la prueba de la negociación se traslada a la plataforma. Quizá el legislador europeo ha errado al no establecer una presunción expresa de no negociación en los contratos de servicios de intermediación en línea, como sí lo hizo en la Directiva 93/13/CEE

¹⁰⁴ NAUMANN/RODENHAUSEN entienden que el criterio de la valoración general de las cláusulas *ex* artículo 2.10) plantea, desde el punto de vista práctico, algunos graves riesgos cuando las plataformas son híbridas. En el supuesto que ellos examinan, la plataforma Zalando regula, por una parte, mediante el *Partnervertrag* las cláusulas con cada uno de sus *Partner*, algunas de ellas negociadas, y por otra, concierta con cada uno el contrato de servicios de intermediación en línea. Si las cláusulas negociadas se valoran conforme a los criterios del artículo 2.10) pueden ser calificadas como cgc, quedando entonces sujetas a los requisitos del RE-P2B (*ZEuP*, 4, 2020, pp. 784-786).

¹⁰⁵ NAUMANN/RODENHAUSEN, *ZEuP*, 4, 2020, p. 786.

cuando son contratos con consumidores. Como también la Propuesta de un Código Empresarial Europeo, en el que se establece una presunción de no negociación en los contratos de adhesión entre empresarios (art. 128 del anteproyecto de regulación del Derecho del mercado).

En cualquier caso, el artículo 2.10) facilita, aunque no siempre según los indicios de negociación que haya, la prueba a los usuarios profesionales que invocan la aplicación del RE-P2B¹⁰⁶. Una interpretación en este sentido, por lo tanto, favorable al usuario profesional, tiene su base en el artículo 2.10), ya que los indicios de negociación no son determinantes, como precisa la norma, ni siquiera si se dan todos los indicios. Sería contrario al espíritu del RE-P2B exigir al usuario profesional una prueba rigurosa acreditando que las cláusulas son cgc. Por norma general, cualquier indicio contra la negociación es suficiente (proveedores de servicios con importantes cuotas en el mercado digital, ausencia de tratos previos a la concertación del contrato, uso de formularios por parte del proveedor de servicios...). Cualquier apariencia externa de que se está ante un contrato de servicios de intermediación en línea no negociado sería, en principio, suficiente. Y los indicios de negociación que hubiera, no necesariamente destruyen esa apariencia externa. En caso de duda, la interpretación de que las cláusulas son cgc debe ser a favor del usuario profesional.

Cuando la plataforma hace uso por primera vez de sus cláusulas, la apariencia externa deberá ser valorada para determinar que las cláusulas son cgc.

Puede darse el caso de que el contrato de servicios de intermediación en línea contenga efectivamente cláusulas negociadas pero que están ligadas a otras cláusulas no negociadas (p. ej., cláusulas negociadas sobre el modo de pago de las comisiones con la cláusula de comisión).

Habrán situaciones concretas en los que el usuario profesional se vea obligado a un esfuerzo probatorio mayor porque hay una relación de mayor igualdad comercial en el mercado que operan, porque tienen las mismas dimensiones ambas partes o porque no hay dependencia económica con la plataforma.

¹⁰⁶ Según GRAF VON WESTPHALEN, pero desde la perspectiva del Derecho alemán, atendiendo a lo dispuesto en el § 305.1 BGB, el usuario profesional debe probar que las cláusulas son cgc (2022, n. 123).

5.8 El problema de la validez de cláusula: «todas las condiciones han sido negociadas»

En el contrato de servicios de intermediación puede figurar una cláusula, que podría incorporarse al final del documento, en el que se dice que «todas las condiciones han sido negociadas» o que «todas las cláusulas no son condiciones generales según el artículo 2.10) RE-P2B».

Podría darse el caso de que la cláusula que estamos analizando figurase en un lugar que no corresponde en el contrato de servicios de intermediación en línea (p. ej., en la parte que algunos contratos denominan «miscelánea») o con una letra más pequeña de lo normal. La cláusula podría ser nula por falta de transparencia (p. ej., por ser una cláusula sorprendente), conforme con el artículo 3.3 RE-P2B. Pero la cláusula, en sí misma, es totalmente clara y comprensible.

Esta cláusula perjudica claramente al usuario profesional, debiendo ser sancionada por ser abusiva con la nulidad de acuerdo con el Derecho nacional.

En la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos hay normas que permiten el control material de las cláusulas de contratos no negociados entre empresarios. España va a la zaga desde hace demasiado tiempo al negar una mayor protección a los empresarios frente a cláusulas abusivas¹⁰⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico no tenemos, salvo el artículo 1258 CC, una norma específica de protección de los empresarios frente a cgc abusivas¹⁰⁸. Sólo en los contratos con consumidores este tipo de cláusula sería abusiva a tenor de lo dispuesto en el artículo 88.2 TRLGDCU, según el cual, se considera abusiva» la cláusula en virtud de la cual se impone la carga de la prueba en

¹⁰⁷ Uno de los últimos países que tiene una regulación específica de protección de los empresarios que se adhieren a cláusulas es Bélgica. En virtud de la Ley 53/2019, de 4 de abril, ha incorporado en el *Code de droit économique* un título específico para el control de las cláusulas abusivas, incluyendo un listado negro y otro gris de cláusulas abusivas. En el artículo VI.91/3 § 1er se dice, «*Pour l'application du présent titre, toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties.* § 2. *Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.* «*Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI.91/2, alinéa 1er. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.*»

¹⁰⁸ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, 2009, pp. 146 ss.; MATO PACÍN, 2012, pp. 153 ss.

perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante». La nulidad de la cláusula que dispone que «todas las condiciones han sido negociadas» tiene como principal efecto que el contrato suscrito entre las partes es entonces un contrato de adhesión¹⁰⁹, correspondiendo a aquél a probar que, como dice el artículo 82.2-2 TRLGDU, que las cláusulas han sido negociadas. La aplicación analógica del artículo 88.2 a contratos no negociados entre empresarias es rechazada, por diversos motivos, por un sector de la doctrina¹¹⁰, si bien la jurisprudencia más reciente parece que coquetea nuevamente con la analogía *legis*¹¹¹, después de ser contraria a ella¹¹².

La cláusula sólo sería válida, a juicio de Alfaro Águila-Real, cuando, incluida como acuerdo individual, se limita a confirmar la existencia de negociación respecto de una o varias cláusulas concretas¹¹³. Pero, según reza el artículo 2.10), para que sea así, la cláusula debe haber sido determinada conjuntamente por la plataforma y el usuario profesional. Corresponde a la plataforma acreditar, de

¹⁰⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 137.

¹¹⁰ Claramente en contra, ALBIEZ DOHRMANN, para quien el expediente de la analogía *legis* como instrumento para corregir las imperfecciones de un sistema resultad forzado, 2009., pp. 204-208. En el mismo sentido, MATO PACÍN, 2012, pp. 143-152. A favor, entre otros, CARRASCO PERERA, 2021, pp. 858-862; ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 181.183 (pero antes de la Ley 7/1998, de 13 de abril).

¹¹¹ Recientemente el Tribunal Supremo parece apuntar la aplicación analógica del artículo 82.1 TRLGDCU. Concretamente en la STS 4 de febrero de 2020 (RJ 218), se afirma que «Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente». Y añade: «En este caso, no consta que concurren tales circunstancias y lo ocurrido es que la Audiencia Provincial, como sucedió en el caso enjuiciado en la sentencia 647/2019, de 28 de noviembre (RJ 2019, 4947), reconduce su argumentación a la buena fe contractual para hacer realmente unos controles de transparencia y abusividad improcedentes en un contrato entre profesionales, como demuestra que, al final, el elemento determinante de su argumentación sea el desequilibrio de la posición contractual del adherente. Cuando el desequilibrio entre las posiciones de las partes es justamente la esencia de la abusividad (art. 82.1 TRLCU), que sedicentemente se acaba declarando».

Es una argumentación poco consistente, puesto que no basta con que haya un desequilibrio de la posición contractual del adherente, sino que debe ser la causa del desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, debiendo ser, además, importante. Cuando esto sucede, la cláusula que lo causa es contraria a la buena fe contractual. ¿Por qué no recurre entonces el Tribunal Supremo a la buena fe del artículo 1258 CC? Por otra parte, el Tribunal Supremo no argumenta por qué se puede aplicar analógicamente el artículo 82.1 TRLGDCU a las cláusulas no negociadas entre empresarios. Si lo hiciera, quizá llegaría al convencimiento de que no es procedente la aplicación analógica. Tampoco motiva el Tribunal Supremo su eventual cambio jurisprudencial cuando en sentencias anteriores era contrario a la aplicación analógica del artículo 82.1 TRLGDCU.

¹¹² Entre muchas otras, SSTS 28 mayo 2014, 30 de abril de 2015 y 3 de junio de 2016 (RJ 3354, 2019 y 2306).

¹¹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, con apoyo en la doctrina alemana, 1991, p. 137.

forma contundente, que esta cláusula ha sido efectivamente acordada por ambas partes. El usuario profesional puede aducir de contrario que ha habido error por su parte en la información precontractual recibida o dolo por parte de la plataforma. Siendo el RE-P2B una normativa imperativa, puede oponer también que es nula la renuncia a los derechos que concede esta normativa europea.

VI. LA RELATIVA INOPERANCIA DEL RE-P2B

Es un hecho reconocido por las Autoridades europeas, puesto de manifiesto nuevamente en el mismo RE-P2B, que los empresarios (usuarios profesionales) dependen cada vez más de los servicios de intermediación en línea para ofertar sus productos o servicios a los usuarios finales. El RE-P2B, a pesar de su clara voluntad de proteger a los usuarios, no extiende su ámbito de aplicación a todos los usuarios que recurren a proveedores de servicios de intermediación en línea ni tampoco a todos los usuarios finales. No por ello, la regulación legal no es menos relevante en la construcción del Derecho digital europeo.

Es igualmente un hecho reconocido por las Autoridades europeas la superior capacidad negociadora de los prestadores de servicios de intermediación en línea, quienes, por norma general, actúan unilateralmente, a veces en perjuicio de los usuarios. El RE-P2B es un instrumento cuyo objetivo principal es la protección de los usuarios profesionales pero también protege directa e indirectamente a los consumidores (personas físicas). El comportamiento de las plataformas no siempre acorde con la buena fe y la lealtad que se exige en las relaciones comerciales en línea ha requerido una respuesta a nivel europeo, que se ha articulado en este Reglamento, el cual, sin embargo, no es lo suficientemente contundente en la protección de los usuarios profesionales.

Donde la protección del Reglamento adquiere el mayor cénit es en la transparencia que se requiere en la contratación de servicios de intermediación en línea no sólo antes y en el momento de la concertación de los contratos, sino en todas las etapas de las relaciones comerciales. Sin embargo, la realidad es bien distinta, porque con frecuencia las condiciones generales no están disponibles, y cuando lo están el acceso no siempre es factible. Pero aun cuando fueren conocidas las cgc, los usuarios profesionales no siempre las comprenden o simplemente no les prestan la debida atención a su contenido. Aun en el caso de que los usuarios profesionales quisieran discutir la validez de alguna cláusula por falta de transparencia,

probablemente desistirán porque les interesará por encima de todo mantener las relaciones comerciales con las plataformas.

Aun cuando el comportamiento de algunas plataformas sea a veces contrario a la equidad, a la buena fe o a la lealtad contractual, los usuarios profesionales preferirán mirar por norma general a otro lado con tal de seguir teniendo acceso al mercado digital.

Una de las debilidades del Reglamento es la falta de contundencia en las sanciones por incumplimiento de sus disposiciones. Salvo la nulidad de las cláusulas por falta de transparencia, se deja en manos de los Derechos nacionales las sanciones por el incumplimiento de las demás disposiciones por parte de los proveedores de servicios de intermediación en línea. En España, en virtud del artículo 15.2 RE-P2B, se ha optado por sanciones administrativas, que vienen establecidas por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, en los artículos 37 y ss. LSSICE. Corresponde al Ministerio de Asuntos Económicos y Transferencia Digital el control del cumplimiento de una parte importante de las disposiciones del RE-P2B. Estará por ver el efectivo control por la Administración Central. Una Agencia estatal de fiscalización de cumplimiento de las normas del RE-P2B, que de momento no existe, podría facilitar un control efectivo. No se puede esperar de los usuarios profesionales que sean ellos los que denuncien ante el Ministerio de Asuntos Económicos y Transferencia Digital el incumplimiento de las disposiciones del Reglamento. Existe siempre el justificado temor de los usuarios profesionales a que las plataformas reaccionen suspendiendo, restringiendo o dando por terminado las relaciones comerciales.

Quienes están mejor posicionadas para denunciar el incumplimiento de las disposiciones reglamentarias son las asociaciones de empresarios, cuya legitimación ante el Ministerio de Asuntos Económicos y Transferencia Digital viene reconocida expresamente por el artículo 36 bis. LSSICE. Pero es necesario un tiempo hasta que las asociaciones de empresarios tomen conciencia de sus funciones en el mercado digital. Podemos establecer un cierto paralelismo con las asociaciones de consumidores que hasta que no había pasado un cierto tiempo no asumieron plenamente el papel que les había asignado desde el primer momento el Derecho de los consumidores.

El RE-P2B confía la resolución de conflictos entre plataformas y usuarios profesionales a procedimientos internos de reclamaciones, cuyo efectivo uso dependerá, en gran parte, de las plataformas. Nuevamente, habrá que preguntarse hasta qué punto los usuarios profesionales querrán recurrir a un procedimiento interno para ventilar sus diferencias con las plataformas por el incumplimiento de las disposiciones del Reglamento o por medidas específicas o con-

ductas de las plataformas (en todo caso, si hay problemas tecnológicos en los servicios en línea). El miedo a perder una cuota en el mercado digital puede pesar mucho más que obtener un acuerdo satisfactorio.

La mediación como instrumento alternativo a un procedimiento judicial, previsto expresamente en el RE-P2B, no es ni mucho menos la panacea para la resolución de conflictos, pudiendo resultar ineficaz cuanto más fuerte sea la plataforma. Aun cuando los mediadores han de ser personas versadas en relaciones comerciales «interempresas», ello no asegura ni mucho menos un buen acuerdo. La hegemonía de plataformas en el mercado digital es un importante desincentivo para que los usuarios profesionales no quieran acudir a la mediación.

El último recurso que tienen los usuarios profesionales para defenderse ante las plataformas es la vía judicial. La nulidad por falta de transparencia y el incumplimiento de las demás disposiciones del Reglamento pueden ser denunciados no sólo por los usuarios profesionales sino también por las asociaciones de empresarios y otras organizaciones, cuya legitimación activa viene reconocida en el artículo 14 RE-P2B para el ejercicio de las acciones colectivas. Habrá que ver en el futuro la efectividad de este expreso reconocimiento a las asociaciones de empresarios y otras organizaciones en defensa de los derechos de sus asociados.

Mucho de los conflictos que surjan en el futuro por la falta de transparencia, por la falta de equidad, por la ausencia de la buena fe y de la lealtad en las relaciones comerciales tendrán que ser resueltos no sólo con base en el Reglamento sino también conforme al ordenamiento jurídico de cada país. La uniformidad en el Derecho europeo a que aspira cualquier Reglamento europeo no se ha logrado con el RE-P2B por tratarse de una regulación excesivamente parcial.

Estas reflexiones, que son muy generales, sólo quieren poner de manifiesto que aun siendo el RE-P2B un texto normativo con objetivos claros, es un tanto endeble, en parte, porque no ha sido lo necesariamente contundente, y también por cómo funcionan las plataformas no será fácil, al menos en estos comienzos, que los usuarios profesionales hagan valer sus derechos ante las plataformas.

VII. CONCLUSIONES

Probablemente la definición de las cgc dada en el RE-P2B no se debe tanto a que la contratación mediante plataformas en línea sea comúnmente de adhesión, sino, sobre todo, a que hasta ahora no

existía una norma europea que definiera sus principales elementos. Ni siquiera, como sabemos, la Directiva 93/13/CEE tuvo por bien dar una definición aun cuando en aquel momento algunos ordenamientos nacionales recogían una definición muy acorde con lo que son cláusulas que no son objeto de negociación. Hay sectores económicos en los que la negociación está prácticamente ausente, como sucede en la contratación mediante plataformas, tanto por el lado de los usuarios profesionales (p. ej., un empresario, un comerciante o un profesional) como por el lado de los demás usuarios (p. ej., un consumidor). Una de las singularidades de la redacción del artículo 2.10) RE-P2B es que contiene criterios para determinar, en su caso, que hay negociación entre una plataforma en línea y un usuario profesional. Son meros indicios los fijados en la norma que pueden ser valorados por quienes han de juzgar la transparencia y la equidad del clausulado, siendo de aplicación sólo el RE-P2B cuando son cláusulas no negociadas. Es difícil que se den algunos de los indicios fijados para concluir que el contrato de servicios de intermediación en línea ha sido negociado, debiendo ser valorados los indicios en su conjunto y no aisladamente. El tribunal (un juez, un mediador) que ha de juzgar un contrato de servicios de intermediación en línea tenderá, en aras de asegurar una mayor transparencia y equidad, a una interpretación que favorezca a la parte más débil, que es el usuario profesional. La protección que dispensa el RE-P2B al usuario profesional es limitada al centrarse principalmente en la transparencia del clausulado de los contratos de servicios de intermediación en línea, y en mucho menor medida en la equidad. Una mayor protección puede venir dada por aquellos Derechos nacionales que protegen a los usuarios profesionales, que no es, precisamente, el caso español donde el usuario profesional no encuentra normas –al menos según la jurisprudencia– que le proteja frente a los abusos formales y materiales en la contratación. La protección en esta relación triangular es necesariamente distinta cuando el usuario es un consumidor, teniendo como base común el Derecho europeo.

Con el RE-P2B se ha puesto la primera piedra para la construcción de un Derecho digital europeo en el Mercado Único Digital (MUD)¹¹⁴, de modo que muchas de las normas de este Reglamento, entre ellos el artículo 2.10), formarán parte, a su vez, de la DSA y de la DMA, las cuales han renunciado a definir las cgc.

¹¹⁴ Por todos, CAMPUZANO TOMÉ, 2022, pp. 575-577 y pp. 577-583.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, ed. Thomson-Civitas, 2009.
- «Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, ed. Civitas Thomson Reuters, tomo I, 2016, pp. 753 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991.
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, ed. Reus, 2021.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «El Derecho de las plataformas en la Unión Europea», *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, prólogo de Esteve Pardo, José, ed. Marcial Pons, 2021, pp. 21 ss.
- BALDUZI, Leonardo David: «El contrato de uso de la plataforma digital: la estructura jurídica de los modelos de negocio de economía colaborativa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, vol. XI, núm. 2, Nueva Serie II, 2020, pp. 207 ss.
- BUSCH, Christoph: «Der Mittelstand in der Plattformökonomie. Mehr Fairness für KMU auf digitale Märkten», *Wiso Diskurs*, núm. 8, 2019, pp. 1 ss.
- «Europäische Modellregeln für Online-Vermittlungsplattformen», *Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis*, eds. Rott, Peter/Tonner, Klaus, ed. Nomos, 2018, pp. 150 ss.
- *Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen*, 2019.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Servicios de gestión e intermediación», *Tratado de contratos*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, tomo III, 2.ª ed., ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 3481 ss.
- BUZ, Vedat: Immer noch «allgemeine» Geschäftsbedingungen? Kritische Gedanken zum Vielzahlkriterium nach § 305 Abs. 1 BGB», *AcP*, (219) 2019, pp. 1 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales “gratuitos”)?», *Estudios de Derecho contractual europeo, dirs.* Gómez Pomar, Fernando/Fernández Chacón, Ignacio, ed. Aranzadi, 2022, pp. 331 ss.
- CAMPOS CARVALHO, Joana: «Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, Núm. 1, pp. 863 ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, «El nuevo escenario que plantea la contratación en línea a través de plataformas intermediarias en el Derecho contractual», *Estudios de Derecho contractual europeo, dirs.* Gómez Pomar, Fernando / Fernández Chacón, Ignacio, ed. Aranzadi, 2022, pp. 551 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, 3.ª ed., ed. Thomson Reuters, 2021.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «La conclusión del contrato en internet», *Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico*, dirs. Clemente Meoro, Mario Enrique/Cavanillas Múgica, Santiago, ed. Comares, 2003, pp. 117 ss.

- CUENA CASAS, Matilde: «La contratación a través de plataformas de intermediación en línea», *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2020), Vol. 12, Núm. 2, pp. 283 ss.
- ESTEVE PARDO, José: «Prólogo», *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, dirs. Arroyo Amayuelas, Esther *et alii*, ed. Marcial Pons, 2021, pp. 15 ss.
- FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA AINHOA: «Cambios normativos en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de intermediación», *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, dir. Martínez Nadal, Apolonia, ed. Aranzadi, 2021, pp. 31 ss.
- DE FRANCESCHI, Alberto: «Mitteilung und Grünbuch der Europäischen Kommission zu Online Plattformen: eine kritische Würdigung», *Plattformen. Geschäftsmodell und Verträge*, eds. Blaurock, Uwe *et alii*, ed. Nomos, 2018, pp. 9 ss.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana: «Comentario del artículo II.-1:110», *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coords. Vaquer Aloy, Antonio *et alii*, tomo I, ed. Atelier, 2012, pp. 123 ss.
- GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso: *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, ed. Comares, 2004.
- GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich: «Kommentar Artikel 2.10», *Kommentar P2B-VO*, dir. C. Busch, ed. Beck, 2022.
- «Kommentar Artikel 3», *Kommentar P2B-VO*, dir. C. BUSCH, ed. Beck, 2022.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: «La formación del contrato celebrado por medios electrónicos», *Negociación y perfección de los contratos*, dir. M.^a Á. Parra Lucán, ed. Aranzadi, 2014, pp.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *Derecho de la contratación electrónica*, Thomson Reuters, 3.^a edición, 2019.
- KÖNDGEN, Johannes/Mörsdorf, Oliver: «Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts», en *Europäische Methodenlehre*, ed. Riesenhuber, Karl, 4.^a ed. revisada, ed. DE GRUYTER, 2021, pp. 131 ss.
- LEHMANN, Matthias: «EU Law-Markin 2.0: The Prospect of a European Business Code», *European Review of Private Law*, I-2020, pp. 73 ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Aplonia: «La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (Digital Markets Act)», *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, dir. A. Martínez Nadal, Apolonia, ed. Aranzadi, 2021, pp. 115 ss.
- MATEO RIVERA, José Manuel/Sancho Ferrer, Ángel: «Comportamiento del usuario en la búsqueda jurídica. La semántica como primer paso para mejorar la calidad de los usuarios», *Lecturas sobre Derecho y Web Semántica*, eds. Vallbé, Joan-Josep *et alii*, ed. Comares, 2012, pp. 161 ss.
- MATO PACÍN, María Natalia: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, prólogo de M.^a J. Santos Morón, ed. BOE Derecho privado, 2017.
- P. MCCOLGAN, Peter: «Die Inhaltskontrolle von Datenschutzerklärung ist keine Inhaltskontrolle. Zum Verhalten von Datenschutzrecht und AGB-Recht», *AcP* (221), 2021, pp. 695 ss.
- NAUMANN, Stefan/Rodenhausen, Anselm: «Die P2B-Verordnung aus Unternehmenssicht: Herausforderungen für europäische Plattformen am Beispiel einer Hybrid-Onle-Plattform», *ZEuP*, 4, 2020, pp. 768 ss.
- ORTI VALLEJO, Antonio: «Las relaciones contractuales en las plataformas de economía colaborativa», *Propuestas de regulación de las plataformas de la economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, dirs. Orti Vallejo, Antonio/Rubio Gimeno, Gemma, ed. Aranzadi, 2019, pp. 81 ss.

- PAGADOR LÓPEZ, Javier: *Condiciones generales y cláusulas contractuales pre-dispuestas*, prólogo de Font Galán, Juan Ignacio, ed. Marcial Pons, 1999.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALELL, Teresa: «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», en *Derecho y política ante la pandemia, Tomo II, Reacciones y transformaciones. Derecho privado*, coords. Gregoraci Fernández, Beatriz/ Velasco Caballero, Francisco, AFDUAM, 2021, pp. 403 ss.
- PODSZUN, Rupperecht: «Empfiehl sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?», 73. Deutscher Juristentag, 2020, pp. 477 ss.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA: *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y, también, con autónomos y empresarios*, ed. Aranzadi, 2021.
- SCHWEITZER, Heike: «Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische Plattformregulierung», *ZEuP*, 1, 2019, pp. 1 ss.
- D. STAUDENMAYER: «Towards a European Private Law of the Digital Economy», *Researches in European Private Law and Beyond. Contributions in Honour Reiner Schulze's Seventieth Birthday*, eds. A. JANSSEN/H. SCHULTE-NÖLKE, ed. Nomos, 2020, pp. 65 ss.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: «Condiciones generales de la contratación entre proveedores de servicios de intermediación y usuarios profesionales en las plataformas digitales Reglamento UE 2019/1150», *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, dirs. Cervilla Garzón María Dolores/Blandino Garrido, Amalia, ed. Aranzadi, 2021, pp. 475 ss.
- YANGUAS GÓMEZ, Roberto: *Servicios de intermediación en red con consumidores. Contratos de conexión a Internet, «hosting» y búsqueda*, prólogo Cámara Lapuente, Sergio, ed. Thomson Reuters, 2012.

Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales

CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI*

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Oviedo

CLARA GAGO SIMARRO*

Profesora ayudante doctora de Derecho civil
Universidad de Oviedo

RESUMEN

El negocio de aportación y comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales carece de regulación en el derecho civil común, por lo que se ampara en el principio de libre contratación entre cónyuges que permite cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los patrimonios privativos y la masa ganancial, sobre todo, de la vivienda familiar. Este negocio está generando nuevas problemáticas derivadas de la propia naturaleza de la sociedad de gananciales y de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Con un análisis crítico de la jurisprudencia y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, el trabajo aborda el régimen jurídico del negocio de aportación, centrándose en la causa familiar de dicho negocio, la transcendencia jurídico-real y sus efectos en el plano familiar; el cauce adecuado para la inscripción y para la inmatriculación del título de aportación en el Registro de la Propiedad, así como el posible reconocimiento de un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

PALABRAS CLAVE

Aportación de bien privativo, sociedad de gananciales, causa familiar implícita, inmatriculación, reembolso.

* Este trabajo debe citarse SANCIÑENA ASURMENDI y GAGO SIMARRO. A efectos de justificación de autoría exclusiva, los apartados I, II, III y VI se atribuyen a Clara Gago, y los apartados IV y V a Camino Sanciñena.

* Trabajo realizado en el ámbito del Proyecto: «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar», con referencia PID2021-124953NB-I00.

Contribution of personal goods to the marital community property regime

ABSTRACT

The Spanish Civil Code does not provide a statutory framework for the contribution of separate property assets to joint ownership. Thus, the transfer of assets between the spouses and between their separate property and joint ownership is protected by the principle of freedom of contract between the spouses. New problems have arisen from this agreement, particularly as a result of the nature of the community of acquisitions and the property relationships between the spouses. Through a critical analysis of the case law, the regulatory framework of this contribution agreement is addressed. Chiefly focusing on the family reason; the legal significance from the perspective of property rights or its effects at the family level; the proper course of action to allow the access of the legal title of the contribution to the Property Registry; as well as the potential recognition of the right to reimbursement in favour of the contributing spouse at the time of the dissolution of the joint ownership of the matrimonial assets.

KEY-WORDS

Contribution of personal assets, matrimonial joint ownership, family cause, reimbursement, first land registration.

SUMARIO. I. Consideraciones previas.–II. La causa de la aportación.–III. Transmisión o desplazamiento del bien privativo.–IV. Los asientos registrales de la aportación.–V. La aportación y la inmatriculación registral. 1. La inmatriculación por doble título. 2. La aportación como título inmatriculador o título previo.–VI. Sobre el derecho de reembolso.– Bibliografía.– Índice de sentencias y resoluciones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Código civil consagró el principio de libre contratación entre cónyuges en el artículo 1323 por medio de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dando un vuelco a las anteriores prohibiciones de hacerse donaciones entre sí, salvo regalos módicos (art. 1334 CC, redacción originaria), y de contratar entre sí, prohibición esta última que

afectaba a los cónyuges casados en régimen de gananciales¹, pues en el régimen convencional o judicial de separación de bienes los cónyuges podían venderse bienes recíprocamente (art. 1458 CC, redacción originaria), y los regímenes de comunidad universal han amparado desde antaño la «aportación» por los contrayentes de sus bienes privativos al inicio del régimen².

A pesar de los cuarenta años transcurridos, el artículo 1323 CC está suscitando nuevas controversias en el régimen de gananciales sobre los negocios y trasvases de bienes entre las masas privativas de cada cónyuge y la masa ganancial, dado que se facilita «cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial», tal y como lo afirma la Resolución de 10 de marzo de 1989.

Entre los patrimonios privativos de los cónyuges son posibles muchos negocios y contratos, como la compraventa, la donación, la permuta, etc. Sin embargo; estos contratos típicos cuestionables en cuanto tienen por objeto bienes gananciales y son celebrados por los cónyuges entre sí³. Esta restricción no deriva de la condición de cónyuges, sino de la naturaleza de la sociedad de gananciales, que introduce ciertos límites en las

¹ La exposición de motivos del Proyecto de Ley reconocía que era la mujer casada en el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales la que más estaba supeeditada a la «superioridad del marido», pues carecía del «acceso suficiente a los medios económicos» (BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-1, p. 314). Respecto a la prohibición de donarse reconocía: «Cabe, además, señalar, como aspectos sociales y económicos de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad...» (*Ibidem*, p. 316).

Posteriormente, ha sido la Ley 13/2005 la que en coherencia con su finalidad ha sustituido «El marido y la mujer podrán...» por «Los cónyuges podrán...», otorgando al artículo 1323 CC la redacción vigente.

² El régimen económico matrimonial de comunidad «universal» promueve la aportación a la comunidad de los bienes de los contrayentes. Es régimen legal en la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio [art. 127.2 del Derecho Civil Vasco (DCV)], y en 19 municipios de Extremadura donde rige el Fuero de Baylío; y es régimen convencional en otros territorios forales: País Vasco (arts. 127 y 129-146 DCV), Navarra [Ley 100 del Fuero Nuevo (FN)] y, Cataluña [*agermanament* o pacto de mitad por mitad, propio del derecho de Tortosa [art. 232-28 del Código civil de Cataluña (CCCat)].

³ Díez SOTO pone de manifiesto las dudas que le plantea el trasvase de bienes entre los patrimonios privativos de los cónyuges y la masa ganancial a través de la celebración de negocios jurídicos típicos, al concluir que «no nos parece que pueda admitirse sin más la aplicación en el ámbito interconyugal de unos regímenes contractuales que están pensados para hipótesis en las cuales existe una contraposición de partes contractuales» (DÍEZ SOTO, 2004, p. 336). En este mismo sentido, cfr. REPRESA POLO, 2019, p. 56.

Por el contrario, PEREÑA VICENTE parece admitir los contratos de los cónyuges con bienes gananciales cuando al analizar el negocio de aportación concluye que en caso de concurrir causa onerosa el negocio no sería el de aportación de bienes privativos a la masa ganancial, sino un contrato de compraventa o de permuta (del patrimonio privativo a la masa común); y lo mismo si concurre intención liberal, pues el contrario sería un contrato de donación (donación de un bien privativo a la masa ganancial) (PEREÑA VICENTE, 2008, p. 691).

relaciones de cada cónyuge con la sociedad de gananciales⁴. Por tanto, los cónyuges pueden celebrar entre sí con sus patrimonios privativos, compraventas, donaciones, permutas –u otros contratos típicos–, desplazando bienes del patrimonio privativo de un cónyuge (vendedor o donante) al patrimonio privativo del otro (comprador o donatario), pero no pueden celebrar entre sí una compraventa de un bien ganancial, ni una donación de un bien ganancial a uno de los patrimonios privativos o de un

⁴ El Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina jurisprudencial clara y uniforme sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, a pesar del uso repetido de la denominación de comunidad germánica, como puede observarse en la STS (Pleno) 4 de febrero de 2020. Configura la sociedad de gananciales, con los siguientes rasgos principales: ausencia de personalidad jurídica, existencia de un vínculo personal entre los comuneros, comunidad de bienes, no asignación de cuotas indivisas sobre cada bien, cuota del 50% a la disolución y liquidación del régimen de gananciales, no posibilidad de embargo de la mitad del bien, un cónyuge no puede disponer o enajenar la mitad de un bien ganancial a favor de un tercero –o del otro cónyuge–, conjuntamente pueden disponer de los bienes gananciales a título gratuito y oneroso extrayendo un bien concreto de la masa ganancial, libre adquisición de bienes para la sociedad de gananciales, y posibilidad de disolución de la sociedad de gananciales en cualquier momento. Un ejemplo representativo: la naturaleza de la sociedad de gananciales provoca una regulación muy diferente en la venta de un bien ganancial por un cónyuge comunero –por ejemplo, STS 17 de enero de 2018–, de la aplicada para otros casos de venta por un comunero de un bien en comunidad ordinaria, como dispone la STS (Pleno) 28 de marzo de 2012, e incluso se extiende *mutatis mutandis* a un bien de la comunidad hereditaria en la STS 3 de noviembre de 2015.

Interesa señalar que las distintas Salas de Tribunal Supremo mantienen esta concepción de la sociedad de gananciales, adaptándola a sus requerimientos específicos, como hace la jurisdicción administrativa (tributaria) respecto al carácter personal de la obligación tributaria, SSTS (3.ª) 30 de abril de 2010 y 3 de marzo de 2021 y otros pronunciamientos de la Sala tercera citados en el trabajo.

En la jurisdicción penal destaca la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales a propósito de la tipificación del delito de apropiación indebida que incluye las «distracciones» de bienes gananciales realizadas por un cónyuge a favor de su patrimonio privativo, tomado por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sesión de 25 de octubre de 2005 en el sentido de que «el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges», tal y como ha sido seguido por las SSTS (2.ª) 7 de noviembre de 2005, 14 de febrero de 2013, 27 de octubre de 2021 y 17 de noviembre de 2021. Delito de apropiación indebida, que tiene lugar entre la sociedad de gananciales y los cónyuges, y ha provocado la calificación de delito heterogéneo con la estafa, en el que el perjudicado suele ser un tercero adquirente de derecho real [SSTS (2.ª) 4 de diciembre de 2007, 8 de marzo de 2010, 15 de junio de 2009, 17 de marzo de 2016 y 15 de octubre de 2019] y con el delito de alzamiento de bienes, en el que el perjudicado es un tercero acreedor [STS (2.ª) 12 de mayo de 2015 y ATS (2.ª) 11 de marzo de 2019].

La doctrina científica civil ha querido encasillar con más o menos éxito la sociedad de gananciales en alguna figura típica, como sociedad civil universal, comunidad germánica, comunidad en proindivisión ordinaria respecto al conjunto del patrimonio consorcial o a los bienes concretos que lo conforman, o bien haciendo combinaciones entre ellas. Como estudios especializados –y no citados a lo largo de este trabajo– cfr. LACRUZ BERDEJO, 1950, pp. 33 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, 1990, pp. 1021-1054.; GUILARTE GUTIÉRREZ, 1992, pp. 875-928; GIMÉNEZ DUART, 1988, pp. 233-364; BLANQUER UBEROS, 1983, pp. 43-142; MAGARIÑOS BLANCO, 1989, pp. 305-331; BENAVENTE MOREDA, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 2001, pp. 113-157; MALDONADO RAMOS, 2020, pp. 90-95; HERNÁNDEZ RUEDA, 2000, pp. 809-832.

bien privativo a la masa ganancial, ni permutar un bien privativo por otro bien ganancial⁵.

Entre la sociedad de gananciales y uno o los dos patrimonios privativos, el número de negocios posibles queda reducido, descolando la atribución y aportación de bienes. El principio de autonomía de la voluntad permite que los cónyuges puedan «atribuir» expresamente el carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo en todo o en parte, y que puedan «aportar» a la sociedad de gananciales un bien ya existente en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges⁶. Aun cuando ambos casos coinciden en dotar al bien de naturaleza ganancial no deben confundirse: «se trata de figuras claramente distintas» (RDGSJFP 8916/2020, 12 de junio de 2020). Por un lado, la atribución expresa de ganancialidad del artículo 1355.1 CC, que recae en el momento de la adquisición del bien a título oneroso con fondos privativos constante la sociedad de gananciales concurriendo el consentimiento de ambos cónyuges, y determina que el bien ingrese *ab initio* en la masa ganancial y, por otro, el denominado negocio de aportación o comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales que, como carece del amparo de un precepto específico, se acoge al principio general de libertad de contratación entre cónyuges del artículo 1323 CC⁷.

⁵ A este respecto, cabe destacar la postura del Centro Directivo, que desde un principio y de modo categórico, resolvió de manera negativa el recurso sobre «si es inscribible en el Registro de la Propiedad la transmisión hecha en escritura pública por el marido a su mujer de la participación que como ganancial le pertenece en la finca vendida», sentenciando con base en la naturaleza de la sociedad de gananciales: «la imposibilidad de transmisión de un bien ganancial concreto de un cónyuge a otro» (RDGRN 2 de febrero de 1983).

A su vez la Dirección General de Tributos puntualiza que «ninguno de los cónyuges puede vender al otro la mitad que le correspondería en la sociedad de gananciales antes de que ésta se haya disuelto y se le hayan adjudicado efectivamente bienes que cubran el valor de dicha mitad» [RDGT 22 de septiembre de 2003 (consulta 1372-03)].

⁶ El régimen de la aportación de bien privativo –habitualmente bien inmueble– a la sociedad de gananciales no comprende el ingreso de dinero privativo en una cuenta de titularidad de ambos cónyuges. A tenor de la doctrina jurisprudencial, el hecho de que un cónyuge ingrese dinero privativo en una cuenta a nombre de ambos cónyuges no implica necesariamente que el numerario cambie su cualidad a ganancial. Así, la jurisprudencia ha admitido el carácter privativo de sumas de dinero depositadas en cuentas bancarias de titularidad de ambos cónyuges, procedentes de cantidades recibidas por herencia (STS 11 de diciembre de 2019 y 27 de septiembre de 2021), de una donación de sus padres (STS 4 de febrero de 2020) o de su madre (SSTS 1 de junio de 2020 y 21 de febrero de 2022), de una indemnización derivada de un accidente de tráfico sufrido por la mujer (SSTS 14 de enero de 2003 y 11 de diciembre de 2019) o padecido por el marido (SSTS 11 de noviembre de 2020 y 31 de enero de 2022) o de la venta de pisos de carácter privativo por la mujer (STS 3 de noviembre de 2020).

⁷ Otro negocio protegido por el principio de libertad de contratación entre los cónyuges casados en gananciales del artículo 1323 CC ha sido la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con aportación de bienes gananciales por ambos cónyuges y su inscripción en el Registro Mercantil, acogido desde el primer momento por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por medio de dos resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983. Posteriormente, la RDGRN 20 de abril de 1998 ha resuelto la inscripción de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por un marido

En las páginas siguientes nos centramos en el «negocio de aportación y comunicación de bien privativo a la sociedad de gananciales», que desligamos de la «atribución expresa de ganancialidad» del artículo 1355 CC⁸.

En el «negocio de aportación y comunicación de bien privativo a la sociedad de gananciales» cabe separar por un lado, el negocio de comunicación o aportación sin cambio de titularidad, que se caracteriza por el cambio en la cualidad del bien que pasa de ser privativo a ser ganancial, conservando el cónyuge aportante la titularidad de dicho bien y, por otro, el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, en el que además del cambio de cualidad del bien, se produce un cambio en la titularidad, pues el bien pasa de ser de titularidad exclusiva del cónyuge aportante a ser de titularidad conjunta de ambos cónyuges con carácter ganancial. De esta manera el negocio de comunicación y aportación, siendo un único negocio se configura como dos pasos o fases, donde la aportación absorbe a la comunicación⁹, y genera los efectos derivados del cambio de titularidad, además del cambio de cualidad del bien. En palabras del Centro Directivo: «los amplios términos del artículo 1323 CC posibilitan ... el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada» (RDGRN 10 de marzo de 1989).

Esta Resolución de 10 de marzo de 1989 estima por vez primera la inscripción del negocio de aportación de un bien privativo a la masa consorcial. El supuesto de hecho de esta resolución es interesante: tres copropietarios de un solar levantaron un edificio a expensas de sus respectivas sociedades conyugales. Al término de la edificación, dividieron horizontalmente el inmueble y disolvieron el condominio adjudicándose una vivienda cada uno.

con un tercero, al apreciar el requerido consentimiento de la esposa para que el marido aporte bienes gananciales a esa sociedad.

Actualmente, el Centro Directivo parece admitir el «pacto de privatividad» —como un supuesto distinto a la confesión de privatividad del artículo 1324 CC—, entendido en sus dos vertientes, como atribución de privatividad en el momento de la adquisición de un bien constante la sociedad de gananciales, y como aportación de un bien ganancial a la masa privativa de uno de los cónyuges (cfr. RRDGSJFP 8911/2020 de 12 de junio de 2020, 15 de enero de 2021 y 9 de septiembre de 2021). Para un comentario de las Resoluciones citadas, cfr. GARCÍA GARCÍA, 2021, pp. 1-16.

⁸ Sobre la atribución expresa de ganancialidad puede verse nuestro trabajo SANCINIÑENA y GAGO, 2021, en especial pp. 40-60, y la bibliografía allí citada.

⁹ La mayoría de la doctrina no distingue según haya o no cambio en la titularidad del bien estableciendo un régimen único sin diferenciar efectos. Cfr. a este respecto, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, 2002, pp. 947-966; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, 1995, pp. 29-71; MARIÑO PARDO, 2016 a, pp. 81-107; PÉREZ MARTÍN, 2019, pp. 529-564; POVEDA BERNAL, 1997, pp. 799-888.

Uno de los copropietarios, que había adquirido por donación su cuota indivisa en el solar, acuerda con su esposa que la vivienda que le corresponde tenga carácter ganancial, efectuándose la adjudicación en esos términos. El registrador deniega la inscripción con carácter ganancial y practica el asiento calificando el bien de privativo del marido, al entender aplicable el artículo 1359 CC por ser edificación sobre solar privativo. El Centro Directivo estima el recurso accediendo a inscribir la vivienda con carácter ganancial, pero no por aplicación del artículo 1355.1 CC –como había solicitado el matrimonio– puesto que la adquisición del cónyuge no había sido a título oneroso, sino que la redirige a un negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales «aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 CC (...) no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo (...), toda vez que los amplios términos del artículo 1323 CC posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación¹⁰».

En el mismo sentido, la Resolución de 14 de abril de 1989, estima el carácter ganancial por aportación de la edificación construida sobre suelo privativo. El supuesto es similar pero más complejo, tres hermanos reciben por donación de sus padres una finca matriz y finca segregada, donación de nuda propiedad de ambas fincas en cuotas indivisas por partes iguales, pues los padres se reservan el usufructo vitalicio. Sobre la parcela segregada se construye un edificio a expensas de las respectivas sociedades conyugales de los hijos, se divide horizontalmente, se aportan a las sociedades de gananciales, adjudicándose los hijos las viviendas no solo con carácter ganancial sino en «pleno dominio», manteniendo la planta baja destinada a garaje en proindiviso entre los hermanos¹¹.

¹⁰ En su comentario a dicha Resolución, CHICO Y ORTIZ concluye que «no se puede hablar de “validez” de este negocio, ni siquiera de su “efectividad” (...) Creo que no sólo el negocio es “nulo” de pleno derecho, sino que es “fraudulento” (...) Es una manifestación de la “picaresca” de la contratación que trata de burlar el pago del impuesto» (CHICO Y ORTIZ, 1991, p. 234).

¹¹ En la glosa de la referida Resolución, señala CHICO Y ORTIZ que la admisión del negocio de aportación «supuso echar más leña al fuego, ya que en el presente caso había una auténtica contradicción entre la titularidad privativa en “nuda propiedad” y la adjudicación en “pleno dominio” ya ganancial. ¿Qué pasó del usufructo?» (CHICO Y ORTIZ, 1993, p. 231).

Poco a poco, el negocio de aportación o comunicación de bien privativo está adquiriendo carta de naturaleza, completándose la argumentación y consolidándose la doctrina de que «son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (art. 609 CC), entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes, como “categoría autónoma y diferenciada”, con sus propios elementos y características, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales» (RDGRN 11 de junio de 1993, en parecidos términos, las RRDGRN 30 de diciembre de 1999 y 8 de mayo de 2000 y RDGSJFP 8916/2020, 12 de junio de 2020).

Este negocio aparece ligeramente contemplado en el artículo 1444.2 CC para un supuesto muy concreto: la instauración nuevamente del régimen de gananciales en capitulaciones matrimoniales tras la reconciliación en el caso de separación personal que había dado lugar a la disolución de la anterior sociedad de gananciales e inicio del régimen de separación de bienes¹². De acuerdo con el citado precepto, los cónyuges podrán aportar en esas mismas capitulaciones matrimoniales bienes privativos a la nueva sociedad de gananciales, incluso los bienes gananciales de la anterior sociedad que les habían sido adjudicados en la liquidación del régimen de gananciales¹³. Supuesto éste con escasa virtualidad práctica y todavía menor predicamento científico. Así, aunque no plenamente incardinables en el artículo 1444.2 CC, cabe mencionar los pronunciamientos en los que los cónyuges habían pactado convencionalmente el régimen de separación de bienes –que no derivaba de la separación personal–, y posteriormente en capitulaciones matrimoniales vuelven a convenir el régimen de gananciales aportando bienes privativos. La breve Resolución de 8 de mayo de 2000 accede a

¹² La ausencia de regulación ha llevado a la doctrina a calificar la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales de negocio atípico. En un análisis de las primeras Resoluciones, PEREÑA VICENTE entiende que la DGRN «permite la transferencia de bienes entre los patrimonios privativos y el ganancial efectuada mediante un negocio jurídico atípico que califica de aportación o comunicación (...) La Dirección General admite expresamente, desde la primera resolución a que hemos hecho referencia, la posibilidad de que se lleve a cabo una transferencia de bienes entre los patrimonios conyugales mediante un negocio jurídico atípico [...] Se trata de un negocio jurídico carente de regulación legal que se regirá, como la propia Dirección General admite, por las previsiones de las partes y por la normativa general del Código Civil» (PEREÑA VICENTE, 2003, pp. 3373-3374). Califican, asimismo, el negocio de aportación como un negocio jurídico atípico, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, 2002, p. 292; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, 1995, pp. 38 y 39; MARIÑO PARDO, 2016 a, p. 81; NIETO ALONSO, 2021, pp. 76 ss.

¹³ Comparte esta opinión, RIBERA BLANES, 2005, pp. 917-918.

la inscripción de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales por la que los cónyuges pactan una nueva sociedad de gananciales aportando ambos cónyuges bienes por el mismo valor cuatro años después de que disolvieran y liquidaran su anterior sociedad de gananciales. El registrador había suspendido la inscripción por no constar la causa de la aportación. El Centro Directivo lo califica de «negocio jurídico de comunicación de bienes», que «no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa». En un supuesto similar, la Resolución de 30 de diciembre de 1999 consideró inscribible la aportación realizada por la esposa en la escritura de capitulaciones matrimoniales que instauraba nuevamente el régimen de gananciales del único bien inmueble ganancial existente cuando años antes los cónyuges habían pactado el régimen de separación de bienes y liquidado la sociedad de gananciales con adjudicación de dicho bien por entero a la esposa.

Asimismo, se entendió amparado por el artículo 1444.2 CC, aunque las aportaciones no se formalizasen en la escritura de capitulaciones matrimoniales. Es el caso de la Resolución de 21 de diciembre de 1998, que considera inscribibles las aportaciones a la sociedad de gananciales de varios bienes privativos por parte de la esposa y determinada cantidad de dinero por el marido realizadas por ambos cónyuges en escritura pública separada y con el número siguiente del protocolo a la escritura de capitulaciones matrimoniales instauradoras de un nuevo régimen de gananciales. Años antes, los cónyuges habían disuelto convencionalmente el anterior régimen de gananciales y establecido un régimen de separación de bienes. El Centro Directivo estimó el recurso sentenciando que «la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos esposos realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo de la libertad de pactos y contratos que rige entre cónyuges al igual que entre extraños (arts. 1255 y 1323 CC)¹⁴».

La aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales vehiculada en capitulaciones matrimoniales se beneficia del negocio en el que se inserta en el sentido de que no requiere causa independiente, quedando amparado por el negocio –y la causa– de las capi-

¹⁴ Llama la atención la nota del registrador de Madrid, revocada por la RDGRN 21 de diciembre de 1998, al afirmar que «la voluntad de los cónyuges sólo interviene en la limitada medida en que la propia Ley lo autorice, como ocurre en el supuesto del artículo 1355 CC», concluyendo que «no hay ningún precepto legal que autorice o faculte a los cónyuges, para con posterioridad al comienzo de la sociedad, atribuir carácter ganancial a bienes que ya eran de la propiedad privativa de alguno de ellos». Registrador que apeló el auto del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había revocado su nota, y recurrió ante el Centro Directivo.

tulaciones matrimoniales¹⁵. En capitulaciones matrimoniales puede hacerse antes del matrimonio aportaciones de bienes a la sociedad de gananciales, que se someten a las reglas de eficacia y caducidad de las capitulaciones matrimoniales¹⁶. Cuando no se realiza en capitulaciones, la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales debe hacerse vigente el régimen de gananciales¹⁷.

Fuera de este supuesto, el Código Civil no contempla expresamente el negocio jurídico de aportación. A diferencia de ello, el negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales aparece regulado en algunos derechos forales, tal y como ratifica la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 2006: «la posibilidad de tales desplazamientos patrimoniales entre cónyuges mediante la atribución de carácter consorcial a determinados bienes privativos también es

¹⁵ La STS 18 de julio de 1991 precisa que las capitulaciones matrimoniales no requieren causa, «cuando las convenciones sobre el régimen matrimonial no constituyen donaciones, ni siquiera si, como en la comunidad universal, implican desplazamientos sin correspondiente». En el supuesto de hecho, la controversia se centra en cómo proteger los «derechos ya adquiridos» por los acreedores según el artículo 1317 CC, dado que los cónyuges habían pactado un régimen de separación de bienes, después de que el marido contrajera una importante deuda.

¹⁶ Las diferentes fechas de las reformas del régimen de gananciales abrieron una ventana por la que los cónyuges podían haber pactado capitulaciones matrimoniales constante matrimonio, incluyendo –por lo menos hipotéticamente– aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales (art. 1315 CC redactado por Ley 14/1975, de 2 de mayo), mientras que hasta la Ley 11/1981, de 13 de mayo, no se eliminó la prohibición de donaciones entre cónyuges.

Con base en la reforma del Código civil por Ley 14/1975, de 2 de mayo, CABANILLAS SÁNCHEZ entendió que «si bien el artículo 1323 no establece expresamente que a través de un contrato entre cónyuges sea inviable la modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por las que han de regirse los bienes del matrimonio, ello no implica que lo autorice; el precepto, simplemente, guarda silencio sobre la cuestión. Y la posibilidad de que a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 pueda ser sustituido el modificado régimen económico matrimonial después de la celebración del matrimonio no justifica en modo alguno que los cónyuges puedan hacerlo a través de un cauce distinto del establecido en nuestro Código Civil» (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1988, p. 152).

¹⁷ En efecto, el momento para realizar una aportación debe coincidir con la vigencia del régimen de gananciales, no cabe la aportación una vez que la sociedad de gananciales se haya disuelto, o incluso cuando la disolución esté cercana. Ello significa excluir la posibilidad de realizar un negocio de aportación a la sociedad de gananciales en un convenio regulador, pues aun cuando dicho documento podría resultar formalmente adecuado para recoger una aportación a gananciales, atentaría contra la finalidad del negocio, al aportarse un bien a la masa ganancial para incluirlo en el activo de la sociedad de gananciales al momento de la liquidación de gananciales, y adjudicarlo al otro cónyuge, produciéndose un trasvase del patrimonio privativo a patrimonio privativo usando la sociedad de gananciales de puente, o simplemente para adjudicárselo el cónyuge aportante, modificando (y defraudando) la cuantía de los lotes de ambos cónyuges. Con esta argumentación, la RDGRN 16 de octubre de 2014 entiende que no es compatible realizar una aportación de finca a la sociedad de gananciales en convenio regulador: «sería contradictorio con la naturaleza propia del acto de liquidación, en tanto en cuanto se estaría aportando un bien a la sociedad de gananciales que ha quedado disuelta antes de ese acto» (cfr. en este mismo sentido, RRDGRN 19 de enero de 2011 y 13 de marzo de 2015). Sobre la posible aportación de un bien privativo a la masa común en convenio regulador, cfr. REBOLLEDO VARELA, 2017, pp. 31-56.

expresamente reconocida en algunas legislaciones civiles forales o especiales», mencionando expresamente a Navarra y Aragón¹⁸.

La finalidad del negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales queda perfectamente descrita en la referida Resolución de 22 de junio de 2006: «tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial–. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos¹⁹».

¹⁸ Los derechos forales o especiales regulan la aportación de bien privativo al régimen legal de comunidad [de ganancias] junto con la atribución expresa del carácter común. Así, el Derecho foral de Aragón incorpora en el artículo 215 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) una regulación expresa del negocio jurídico de aportación de bien privativo a la sociedad legal, a cuyo tenor «a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges podrán, mediante pacto en escritura pública, atribuir a bienes privativos el carácter de comunes o, a éstos, la condición de privativos, así como asignar, en el momento de su adquisición, carácter privativo o común a lo adquirido». Este precepto regula conjuntamente la atribución de ganancialidad y la aportación a la masa ganancial de bienes privativos, admitiendo también las figuras inversas: la atribución de privatividad y la aportación de bienes gananciales a la masa privativa de uno de los cónyuges (cfr. STSJ de Aragón 13 de febrero de 2019).

El Derecho foral de Navarra regula el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de conquistas en la ley 88 FN, a cuyo tenor «son bienes de conquista. 1. Los “bienes incluidos” en las conquistas en virtud de pactos o disposiciones». En el número tres aborda la atribución expresa del carácter de conquistas: “3. Los bienes adquiridos título oneroso con cargo a bienes privativos y que los cónyuges convengan sean bienes de conquista, cualesquiera que fueran el precio o contraprestación y la naturaleza del derecho en cuya virtud fueran adquiridos” (cfr. SSTSJ de Navarra 30 de junio de 2003 y 17 de abril de 2012).

Por último, el Derecho civil catalán otorga la calificación de bienes comunes propia del régimen de comunidad [de ganancias]: «los que los cónyuges “confieren este carácter” en el momento de convenir el régimen o con posterioridad» (art. 232-31.a CCCat).

¹⁹ En opinión de MARTÍN HUERTAS es «ésta una figura de la que se está haciendo gran uso en los últimos años, (...) pues es un procedimiento muy cómodo para cambiar la calificación de un bien, sobre todo, por las indudables ventajas fiscales que presenta» (MARTÍN HUERTAS, 2000, p. 577).

En efecto, el negocio de aportación presenta importantes ventajas fiscales, pues no queda sujeto al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (art. 104.3.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) [cfr. RRDGT 19 de julio de 2016 (consulta V3410-16), 8 de noviembre de 2016 (consulta V4723-16) y 30 de septiembre de 2020 (consulta V2935-20)]. Tampoco resulta exigible el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, pues aunque el negocio está sujeto a dicho impuesto queda exento de acuerdo con el artículo 45. I. B.3 del Texto Refundido de la Ley de este impuesto [cfr. entre otras, RRDGT 24 de enero de 2003 (consulta 0091-03), 9 de enero de 2004 (consulta 0016-04), 21 de septiembre de 2007 (consulta V1953-07), 9 de marzo de 2012 (consulta V0529-12) y 30 de septiembre de 2013 (consulta V2877-13)]; y, tampoco tributaría por el impuesto sobre sucesiones y donaciones tal y como acaba de manifestarse por la STS (3.ª) 3 de marzo de 2021, que no considera la aportación un hecho imponible al carecer la sociedad de gananciales de perso-

De acuerdo con los caracteres destacados, seguidamente se analizan las cuestiones más conflictivas del negocio de comunicación y aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, cuales son: el requisito de la causa del negocio, su carácter traslativo y su reflejo registral, así como los efectos derivados de dicho negocio al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

II. LA CAUSA DE LA APORTACIÓN

La causa en el negocio de aportación y comunicación de bien privativo a la sociedad de gananciales ha tenido una importante evolución desde la abolición de la prohibición de la contratación entre cónyuges casados en régimen de gananciales; evolución que la Dirección General de los Registros y del Notariado inició con el no reconocimiento de este negocio y consecuentemente con la imposibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Desde el principio, el Centro Directivo ha acudido a la ausencia de causa para eludir la inscripción de negocios de aportación y comunicación, habida cuenta de que no tiene competencia para cuestionar la validez de dichos negocios²⁰. Así entendía que para

nalidad jurídica a efectos impositivos. Las escasas resoluciones anteriores sometían al impuesto de donaciones el 50% de la aportación dado que el otro 50% ya era del cónyuge aportante [cfr. RRDGT 3 de junio de 2002 y 24 de marzo de 2011 (consulta V0768-11)]. La aportación a la sociedad de gananciales tributa en el impuesto sobre la renta de las personas físicas al considerarse una transmisión que altera la composición del patrimonio del aportante, en aplicación de la regla general del artículo 33.1 de la Ley del IRPF, generando una ganancia o una pérdida patrimonial respecto al 50% del bien aportado sujeta al IRPF [RRDGT 28 de abril de 2020 (consulta V1103-20) y 15 de julio de 2020 (consulta V2430-20)]. Para un tratamiento sobre la fiscalidad de la aportación a la sociedad de gananciales, puede verse, SANCINENA ASURMENDI, 2021, pp. 43-71, la bibliografía y resoluciones allí citadas.

²⁰ De otros negocios se ha suspendido también la inscripción alegando la ausencia de causa, como por ejemplo, el pacto de privatividad para conceder ese carácter a un bien que ya aparecía con carácter ganancial (figura inversa al negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales) en la RDGRN 30 de julio de 2018; o el negocio familiar de atribución a un cónyuge de bienes privativos del otro, que figuraba en la escritura de disolución y liquidación de sociedad de gananciales y adopción del régimen de separación de bienes, por la RDGRN 16 de octubre de 1998; y la inclusión en el convenio regulador de la adjudicación a un cónyuge de una vivienda familiar que compraron de solteros a plazos y se inscribió a titularidad de ambos por mitades privativas indivisas en la RDGRN 29 de julio de 2011. Negocios estos dos últimos, para los cuales el documento de liquidación de la sociedad de gananciales resulta insuficiente, pues requieren de escritura pública específica.

Actualmente, el Centro Directivo está iniciando el camino de la tipicidad causal del pacto de privatividad en cuanto atribución del carácter privativo en el momento de la adquisición del bien con fondos privativos no probados ni confesados, privatividad otorgada por el mero pacto de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales, conformándose como figura inversa a la atribución expresa de ganancialidad del artículo. 1355.1 CC. Las RRDGSJFP 8908/2020 y 8911/2020 ambas de 12 de junio de 2020, 8 de septiembre de 2021 y 15 de enero de 2021 han admitido la inscripción como privativo (en todo o en

provocar desplazamientos o trasvases entre patrimonios se requería de una compraventa, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado con un régimen jurídico determinado en función de esa específica causalización (arts. 609, 1255 y 1261 CC²¹).

A principios de los años 90, el Centro Directivo denegaba la inscripción del negocio jurídico de aportación con base en que era necesario la expresión de la causa para el desplazamiento de bienes de unas masas a otras, dado que la causa no puede presumirse a efectos registrales. En este sentido, las Resoluciones de 26 de octubre de 1992, de 11 de junio de 1993 y de 28 de mayo de 1996 rechazaron la inscripción de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales²².

A finales del siglo pasado y principios del actual, la Dirección General se focaliza en determinar si una mera causa onerosa o gratuita sería suficiente para justificar el desplazamiento de bienes desde el patrimonio privativo a la masa ganancial y permitir la

parte) de un bien adquirido constante la sociedad de gananciales con fondos privativos «no probados y no confesados». Además, en las resoluciones del año 2020 los cónyuges habían renunciado al derecho de reembolso en caso de no ser privativos los fondos empleados para la adquisición del bien privativo o de la parte privativa del bien, sin perjuicio de legitimarios. Estas dos resoluciones son simétricas, provienen de escrituras públicas otorgadas por el mismo notario, que es quien recurre.

Anteriormente, la RDGRN 25 de septiembre de 1990 había considerado que no era inscribible el carácter proindiviso de un bien comprado a plazos por ambos cónyuges en sociedad de gananciales en la que declaraban que compraban el 40% con carácter ganancial y el 60% con carácter privativo del marido, sustrayendo la naturaleza del bien a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, puesto que asevera que el bien tendrá la naturaleza que le atribuya la ley de acuerdo con el artículo 1356 CC: «que la calificación del bien en este caso dependerá de la naturaleza, ganancial o privativa, que tenga el primer desembolso, aún no efectuado».

²¹ La primera RDGRN 10 de marzo de 1989 inició una argumentación tendente a exigir una causa expresa para la inscripción del negocio, que ha sido completada en resoluciones posteriores hasta adquirir el siguiente enunciado: «Estos desplazamientos patrimoniales se someterán al régimen jurídico determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (cfr. arts. 609, 1255 y 1274 CC) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil. En todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (*vid.* arts. 1261.3 y 1274 y ss. CC). La especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadoras, y después practicar debidamente los asientos que procedan (*vid.* arts. 9 LH y 51 y 193.2 RH)» (RDGRN 29 de julio de 2011).

²² En la RDGRN 21 de diciembre de 1998, una de las primeras en acceder a la inscripción de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, ayudada sin duda por las capitulaciones matrimoniales realizadas en escritura pública con número de protocolo precedente, en opinión de NAVARRO VIÑUALES «el Registrador tenía un buen motivo para denegar la inscripción de la escritura, ya que en este supuesto, la cláusula de aportación no causaliza la transmisión pretendida, por lo que, de acuerdo al criterio de la Dirección General, falta un elemento esencial del negocio» (NAVARRO VIÑUALES, 1999, p. 446).

inscripción²³. Así, la Resolución de 30 de diciembre de 1999 accede, con base en la «causa gratuita» del artículo 1274 CC, a la inscripción de la aportación a la sociedad de gananciales por la esposa, dado que en la escritura pública figura expresamente que se aportaba gratuitamente, sin atender simplemente a que la aportación se había realizado en capitulaciones matrimoniales. Mientras que deduce la «causa onerosa» del desplazamiento patrimonial en «compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unida al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial» (RDGRN 17 de abril de 2002²⁴), o porque la aportación a la sociedad de gananciales hace nacer como contraprestación un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante, al constar en la escritura pública de aportación que el marido «aporta a su sociedad de gananciales el pleno dominio de la finca descrita anteriormente en esta escritura con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución» (RDGRN 21 de julio de 2001²⁵).

²³ La doctrina científica comparte esta aseveración. GUTIÉRREZ BARRENGOIA entiende igualmente que «la calificación dependerá de los términos del acuerdo entre los cónyuges. En este sentido, si el cónyuge aportante se reserva un derecho de reembolso por el valor de lo aportado, y este será a nuestro juicio el supuesto normal, entendemos que la aportación tendría causa onerosa (...) en los casos en que los cónyuges no hayan establecido expresamente la existencia de un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante habría que presumir en estos casos la gratuidad de la aportación» (GUTIÉRREZ BARRENGOIA, 2002, pp. 308 y 310). En parecidos términos, se manifiesta MARTÍN HUERTAS al declarar que «en el negocio jurídico de aportación dicha causa estará representada, en la mayoría de los casos, por el derecho de reembolso del artículo 1358 CC, mecanismo corrector que este texto legal establece para restaurar el desequilibrio patrimonial que se haya podido producir entre las diversas masas. Este reintegro se puede originar de forma inmediata o diferirse al tiempo de la liquidación de la sociedad. En ambos casos estaríamos ante una causa onerosa y, si no hubiera derecho de reembolso, la causa sería gratuita» (MARTÍN HUERTAS, 2000, p. 604).

²⁴ En cambio, la Dirección General de Tributos calificó excepcionalmente de gratuita la aportación a la sociedad de gananciales por el marido del dinero de la venta de un bien privativo, justamente porque el marido había expresado que la finalidad «es la “contraprestación” a los trabajos realizados por la esposa durante la vigencia de la sociedad conyugal», por lo que «existe un claro *animus donandi* del marido» [RDGT 24 de marzo de 2011 (consulta V0768-11)].

²⁵ El Centro Directivo descubre una causa onerosa en las RRDGRN 12 de junio de 2003 y 18 de septiembre de 2003 que proceden de sendas escrituras públicas de obra nueva otorgadas por el mismo notario en días consecutivos, por las que los cónyuges declaran haber construido, sobre finca privativa del marido, en la primera resolución, y sobre finca de la mujer en la segunda, un edificio con aportaciones proporcionales de ambos cónyuges con la finalidad de compensar el valor del solar con una mayor inversión por parte del otro cónyuge, para mantener idéntico interés económico en el solar y la construcción, y aportar ambos, el solar y la edificación a la sociedad de gananciales. Las escrituras se presentaron en el Registro de la Propiedad de Tacoronte (Tenerife), y fueron calificadas por el mismo registrador. Las Resoluciones simétricas califican los negocios de onerosos y acceden a la inscripción como ganancial, admitiendo el traspaso a la sociedad de gananciales del solar y de la edificación, pues, de no haberse hecho la aportación, la edificación debería tener el carácter privativo del solar.

Igualmente, la RDGRN 31 de enero de 2014 admite la inscripción –que era inmatriculación en el caso– por entender que se ha expresado como causa de la aportación «la exis-

Con base en esta fundamentación, la doctrina mayoritaria vinculó la causa onerosa del negocio de aportación a la existencia de una previa reserva del derecho de reembolso o al reconocimiento de este derecho de reembolso en la liquidación de la sociedad de gananciales²⁶.

La exigencia de especificación de una causa –gratuita u onerosa– en el negocio de aportación determina que aquellas escrituras que no contienen ningún dato del que pudiera inferirse su carácter oneroso o gratuito no tengan acceso al Registro de la Propiedad; conclusión que acoge la Resolución de 5 de mayo de 2016 en un supuesto de inmatriculación del bien aportado, declarando que como «no se expresa ni menciona causa alguna (...) no se puede más que confirmar este defecto señalado en la nota de calificación». En efecto, el registrador había suspendido la inscripción señalando tres defectos de los cuales el primero era: «por carecer el mismo de eficacia traslativa, al no reflejar la causa del negocio jurídico de aportación a la sociedad conyugal que contiene».

Ahora bien, a nuestro modo de ver, no cabe derivar el carácter oneroso de la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales de la reserva o del reconocimiento de un derecho de reembolso, puesto que este reembolso no funciona como causa de la aportación, sino más bien como consecuencia, que se materializa al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, tal y como precisa, la Resolución de 22 de junio de 2006: «que, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio» (reiterado por la RDGRN 30 de julio de 2018).

La necesidad de expresar la causa onerosa o gratuita en el negocio de aportación parece haberse superado al aceptarse la «causa familiar», como causa específica e implícita en el negocio de aportación. El primer pronunciamiento que hemos localizado que admite la causa familiar es la Resolución de 22 de junio de 2006. Con unos buenos argumentos, fundamentación y análisis de la figura de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, la referida Resolución integra la aportación en las relaciones patrimoniales de los cónyuges, concluyendo que «cabe entender que el des-

tencia de un crédito resultante de las relaciones económicas habidas entre el patrimonio ganancial y el privativo del cónyuge aportante».

²⁶ Cfr. POVEDA BERNAL, 1997, p. 868; CARPIO GONZÁLEZ, 1991, p. 1198; GASPAR LERA, 2016, p. 264; GUTIÉRREZ BARRENENGOA, 2002, pp. 309 ss.; PASCUAL DE LA PARTE, 1993, p. 42.

plazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada *causa matrimonii*. . . Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa [que] justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales²⁷». Es decir, dado que las capitulaciones matrimoniales –ni las aportaciones en ellas realizadas– requieren causa expresa, tampoco debería exigirse en las aportaciones extracapitulares. «En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma *iusta causa traditionis*, justificativa del desplazamiento patrimonial *ad sustinenda oneri matrimonii*»²⁸.

²⁷ El supuesto es complejo: se presenta para su inscripción una escritura de adición [o rectificación] a otra de liquidación y adjudicación de gananciales, originada por capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes. La escritura pública expresaba que la liquidación de gananciales omitió una finca inscrita en el Registro de la Propiedad con carácter privativo a nombre del marido, adquirida constante el régimen de gananciales por permuta a cambio de solar privativo (adquirido por herencia); además el cónyuge titular «reconoce a los efectos del artículo 1355 CC, la ganancialidad de la misma», que se adjudica por disolución de gananciales a la esposa, con la obligación de pagar determinados préstamos hipotecario y personal.

El Centro Directivo se lamenta de que está limitado en su resolución por la nota del registrador y el recurso planteado, dado «que ha de ceñirse exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador», y que «habida cuenta del contenido de la calificación impugnada, escueta en exceso y de motivación claramente insuficiente, ya que la funcionaria calificadora se ha limitado a citar determinados preceptos legales»; no sin antes señalar que no ha quedado esclarecido si la atribución o aportación se hizo vigente el régimen de gananciales, o si se hace ahora a los efectos de la liquidación, que la valoración total de la operación podría reducirse a un mecanismo para desplazar bienes entre las masas privativas de los cónyuges, y finalmente que la simulación, el fraude o los denominados negocios oblicuos o indirectos, exceden de la función calificadora registral.

²⁸ Esta Resolución fue largamente reproducida –y corroborada– en la RDGRN 6 de junio de 2007, expediente desafortunado en el que recayeron dos calificaciones registrales, se intercambiaron palabras que sobrepasaban el mero ámbito profesional, y la registradora interpuso demanda de nulidad de la resolución, que fue estimada en segunda instancia con base en no haberse dictado dentro del tiempo oportuno [SAP de Madrid (Sección 9.ª) 17 de mayo de 2010].

Asimismo, fue reiterada por la RDGRN 11 de mayo de 2016 que analizó un supuesto de división de cosa común, en la que el marido tenía una cuota indivisa privativa, compensación con dinero ganancial por la mayor cuota adjudicada al marido y posterior aportación a la sociedad de gananciales por parte del marido. Aunque la escritura se refería al negocio de aportación, la Resolución subsume el supuesto en la figura de atribución de ganancialidad del artículo 1355.1, pues califica la división de cosa común de adquisición onerosa. No podemos compartir este fallo, dado que difícilmente la división de cosa común entre comuneros puede calificarse de «adquisición onerosa» para uno de los condóminos, por lo que los hechos se integrarían en un negocio de aportación a sociedad de gananciales. No obstante, aunque no pueden asimilarse, la atribución expresa de ganancialidad y el

En los Derechos forales, la admisión de la causa «familiar» implícita deriva de la regulación del negocio de aportación incluido en las normas de la sociedad de conquistas del Derecho foral navarro (ley 88.1 FN²⁹) y en las normas del consorcio conyugal del Derecho civil aragonés (art. 215 CDFa³⁰).

A nuestro modo de ver, la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales tiene como finalidad contribuir a las cargas del matrimonio –reforzando el patrimonio común–, y al sostenimiento de las necesidades de la familia, por lo que su causa escapa al análisis basado simplemente sobre la onerosidad o gratuidad del negocio³¹. En la causa familiar no concurre una intención liberal ni tampoco se pacta una contraprestación, sino que deriva de la voluntad del cónyuge aportante de contribuir a las cargas del matrimonio consolidando la solvencia de la economía familiar³²; el bien

negocio de aportación coinciden en su efecto principal, que el bien ingresa en la masa ganancial.

²⁹ En cambio, HUALDE MANSO admite el desplazamiento del patrimonio privativo al de conquistas «siempre que se trata de un negocio en el que se exprese su causa (*donandi, credendi o solvendi*)» (HUALDE MANSO, 2011, p. 667).

³⁰ En su análisis del derecho foral aragonés, GASPAS LERA sostiene que «el problema expuesto no se plantea en el Derecho aragonés por dos razones. De un lado, porque la causa no es, como componente estructural del contrato, una exigencia de derecho natural, de modo que los preceptos del Código civil que la exigen no rigen en Aragón frente a la “carta” (*standum est chartae*). De otro lado, porque resulta innecesario buscar una justificación a estos pactos desde el momento en que el propio ordenamiento reconoce su finalidad como digna de protección al regularlos específicamente en el artículo 215 CDFa. En consecuencia, los cónyuges sujetos al régimen del consorcio pueden pactar libremente en escritura pública, tanto en el momento de la adquisición del inmueble como posteriormente, el carácter que haya de tener, y el pacto accederá al Registro en los términos que hayan convenido» (GASPAS LERA, 2018, p. 64).

³¹ La jurisprudencia menor comparte esta conclusión. Así, la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) 22 de mayo de 2019, a cuyo tenor «esta aportación, en interpretación jurisprudencial, presenta una causa propia, identificada con la voluntad de incrementar el activo de la masa de bienes de titularidad conjunta, lo que redundará en una mejor satisfacción de las necesidades y de los intereses de la familia; de esta forma, por virtud de la causa *matrimonii*, el bien queda sujeto a un régimen jurídico propio en materia de administración, disposición, cargas y responsabilidad, con origen en la voluntad del aportante». La SAP de León (Sección 1.ª) 21 de junio de 2016 pone de manifiesto cómo «se va abriendo camino la tesis que considera que este negocio jurídico se fundamenta en una causa atípica, *causa matrimonii*, en la que no existe una mera liberalidad sino el deseo de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio común para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia». La razón de esta atribución radica principalmente en la comunidad de vida que impone el matrimonio, distinta de los habituales patrones que definen las relaciones jurídicas entre extraños atendiendo a causas onerosas, gratuitas o remuneratorias. En el matrimonio, el interés del cónyuge tiene un significado más amplio y difuso: la contribución a la realización de los fines de la vida en común de los cónyuges y de los hijos, la denominada *causa matrimonii* como factor determinante de la razón o causa jurídica de la aportación. Cfr. SAP de Cádiz (Sección 5.ª) 26 de marzo de 2013.

³² Resulta interesante la fundamentación del notario autorizante del negocio de aportación en el recurso del que trae causa la RDGRN 8 de mayo de 2000, al señalar que si no resulta obligatoria la expresión de la causa en una escritura de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por virtud de la cual los cónyuges se adjudican los bienes en pago de gananciales, no debería requerirse la especificación de la causa para la operación inversa, habida cuenta de que en ambos casos la causa va ínsita en el propio negocio «y no

privativo queda afecto a las necesidades de la familia y, por ello, sujeto a las reglas de gestión, administración y disposición de bienes específicas del régimen de gananciales³³. Ello significa, por ejemplo, que los gastos extraordinarios de esos bienes –ahora gananciales– son de cargo de la sociedad de gananciales, que para cualquier acto dispositivo a título oneroso o gratuito el cónyuge titular necesitará el consentimiento de su consorte (*ex arts. 1377 y 1378 CC*) o, que el bien responderá de las deudas de los cónyuges como cualquier otro bien ganancial.

Resulta llamativo cuánto ha costado admitir la existencia de causa familiar implícita –la atención a las necesidades de la familia– en la aportación del bien privativo a la sociedad de gananciales, cuando esta causa ya había sido aceptada con generalidad en la atribución expresa de ganancialidad del artículo 1355.1 CC, y cuando se ha favorecido con bastante rapidez, la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones de bienes gananciales a los cónyuges tras la separación o divorcio³⁴.

III. TRANSMISIÓN O DESPLAZAMIENTO DEL BIEN PRIVATIVO

El negocio de aportación y comunicación de bien privativo a la sociedad de gananciales provoca el desplazamiento patrimonial de un bien del patrimonio privativo del cónyuge aportante a la masa consorcial, saliendo el bien de la masa privativa e ingresando en la masa ganancial. A este respecto, la Resolución de 19 de octubre de 2010 reconoce que dicho negocio «comporta un verdadero des-

es otra que el propio contrato de bienes con ocasión del matrimonio, o más exactamente a causa del matrimonio».

³³ Destaca la finalidad de los bienes gananciales, entre otros, DÍEZ SOTO al señalar que los bienes gananciales «están sometidos a un régimen especial de afectación que se proyecta en diferentes ámbitos: administración, disposición, responsabilidad, liquidación, etc.», y considera que «la utilización de la expresión “negocio de afectación” podría resultar más expresiva de la verdadera esencia de esta figura, ya que permitiría superar los escrúpulos relativos a la utilización del término “aportación” en una hipótesis caracterizada por la ausencia de una personalidad jurídica diferenciada (...) la finalidad de incrementar el patrimonio ganancial, en beneficio de los propios cónyuges, de la familia en su conjunto y de los terceros que con ellos se relacionan, es la que dota al negocio de una caracterización propia y, al mismo tiempo, de una justificación causal suficiente desde el punto de vista del ordenamiento jurídico» (DÍEZ SOTO, 2004, pp. 321-322). FRADEJAS RUEDA sostiene que «la masa ganancial constituye un patrimonio de afectación, cuya función principal, constante el régimen, es cubrir las necesidades de la familia. Y esa afectación al fin social es la que determina su tratamiento especial» (FRADEJAS RUEDA, 2002, p. 228). Con la misma idea, DURÁN RIVACOBA los denomina «negocios de destinación» (DURÁN RIVACOBA, 2021, p. 26).

³⁴ Cfr. entre otras, RRDGRN 25 de febrero de 1988, 9 de marzo de 1988 y 10 de marzo de 1988.

plazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial» con la importante consecuencia que de ello se deriva sobre la «modificación de los poderes de gestión y disposición que sobre el bien ostentaba previamente el aportante».

La consecuencia común en el negocio de aportación y de comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales es la modificación en la cualidad del bien que pasa de tener carácter privativo a tener naturaleza ganancial, y con ello, se produce el sometimiento del bien al régimen jurídico de los bienes gananciales, con reglas específicas de gestión, administración, disposición y responsabilidad, pues el bien adquiere con eficacia *inter partes* el carácter ganancial (aunque frente a terceros adquirentes tengan relevancia los actos de disposición, y frente a acreedores los bienes queden sujetos a la responsabilidad por deudas gananciales y por las privativas anteriores a la aportación).

El desplazamiento del bien de la masa privativa al patrimonio común queda afectado por la propia naturaleza de la sociedad de gananciales, que carece de personalidad jurídica³⁵. Ello significa que la sociedad de gananciales en sí no puede ser adquirente del bien, por lo que, no puede aparecer como la dueña o titular del bien aportado, serán los dos cónyuges los dueños y titulares del bien con carácter ganancial, modificándose el *status* jurídico del bien con la finalidad de atender a las necesidades de la familia, aumentando el consorcio conyugal.

La falta de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales permite trasponerle *mutatis mutandis* la doctrina sobre la aportación de bienes a sociedades civiles o mercantiles que carecen de personalidad³⁶. La configuración de la sociedad civil o mercantil

³⁵ En palabras de RAGEL SÁNCHEZ «hay un dato que reconoce unánimemente la doctrina y la jurisprudencia: la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, puesto que ningún precepto legal se la concede y no cabe atribuirla por analogía» (RAGEL SÁNCHEZ, 2011, p. 669).

Como ejemplo de la ausencia de personalidad jurídica, la jurisprudencia ha declarado que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica a los efectos de ser deudor, diferenciando deuda y responsabilidad (cfr. entre otras, SSTS 9 de julio de 1984, 3 de noviembre de 2004, 1 de febrero de 2016 y 8 de febrero de 2016). Asimismo, ha negado a la sociedad de gananciales la capacidad de ser sujeto pasivo a efectos fiscales [cfr. SSTS (3.ª) 18 de febrero de 2009 y 3 de marzo de 2021].

³⁶ Así ROCA SASTRE defiende que «lo más procedente es sostener que la aportación social no constituye un mero acto de transmisión onerosa de bienes del socio a la sociedad, sino un acto de comunicación de bienes, que tiene más de acto modificativo de derechos, que de acto traslativo», para seguidamente precisar: «La aportación social, considerada en sí misma, o sea de cara a los socios aportantes, no es otra cosa que un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes, por virtud del cual se hacen comunes, cosas que antes eran propiedad exclusiva de los aportantes» (ROCA SASTRE, 1946, pp. 418-419). De esta manera aboga por la constitución de un negocio de comunicación de bienes por virtud del cual «el aportante no deja de ser titular de la sustancia jurídica aportada», sin cambio de titularidad de bienes», y concluye: «El fenómeno de transferencia o desplazamiento patrimonial no se ve aquí por ningún lado, y sí un acto de transformación, o sea un acto modi-

con personalidad jurídica o sin ella modifica toda la doctrina sobre la aportación a sociedades. Cuando la sociedad tiene personalidad jurídica diferente del socio aportante, la aportación del dominio del bien a la sociedad constituye una verdadera transmisión. En estos casos, la jurisprudencia lo considera un negocio traslativo del dominio, empleando el aforismo francés *apport en société vaut vente*³⁷, y aplicándole por analogía algunas normas sobre la compraventa como que el aportante queda sometido a la obligación sobre la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación [art. 1681 CC y art. 64 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio)³⁸].

Pero cuando la sociedad carece de personalidad jurídica, la aportación no se considera verdadera transmisión (STS 14 de noviembre de 1995), tampoco en el caso de que la sociedad tenga personalidad que no se diferencie o no sea independiente del socio aportante, dado que en ese caso carecería de la condición de terceros (SSTS 11 de noviembre de 1995 y 27 de abril de 2007, y RDGRN 31 de marzo de 1997).

El negocio de comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, sin cambio de titularidad, determina la modificación de la cualidad del bien, y el cambio de régimen jurídico aplicable –el propio de la sociedad de gananciales– y, ello porque el bien queda afecto –como los demás bienes gananciales– al sostenimiento de las cargas del matrimonio, pero no comporta un acto traslativo del dominio³⁹.

Tampoco parece constituir el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales un verdadero acto traslativo del dominio, cuando además del cambio de la cualidad del bien se produce la modificación de la titularidad que pasa a ser conjunta de ambos cónyuges. En el ámbito del Derecho de familia se produce un desplazamiento patrimonial entre masas con la consecuente modificación del carácter jurídico del bien (de carácter privativo a ganancial) y, de la titularidad de dicho bien (pasa de ser titular un cónyuge a ser titulares ambos), con reflejo incluso en el Registro de la Propiedad, pero respecto a los elementos subjetivos de esta

ficativo y no traslativo de bienes» (*ibidem*, p. 423). Comparte esta conclusión, TRUJILLO CALZADO, 1994, pp. 88-90.

³⁷ Tal y como realizan las SSTS 13 de diciembre de 1982, 11 de noviembre de 1995 y 7 de septiembre de 1998.

³⁸ Así lo recoge las SSTS 3 de diciembre de 1981 y 2 de abril de 1990.

³⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ entiende que «en la calificación de un bien como ganancial en la aportación de un bien a la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges hay un cambio de calificación, pero no una transmisión» (PÉREZ FERNÁNDEZ, 1983, p. 556). En parecidos términos, MARIÑO PARDO sostiene que «el pacto de aportación a gananciales no implica transmisión de la titularidad del bien (...), sino tan solo la atribución a este de la cualidad de ganancial» (MARIÑO PARDO, 2016, b).

transmisión, la sociedad de gananciales sigue careciendo de personalidad jurídica, coincidiendo la persona del cónyuge aportante con uno de los cónyuges socios de la sociedad de gananciales.

Dicha afirmación no sólo se justifica en el ámbito del Derecho de familia, sino también desde una perspectiva jurídico real y, ello porque la aportación de un bien a una comunidad sin personalidad jurídica no provoca una verdadera transmisión del dominio, pues no puede haber transmisión sin adquisición, y la sociedad de gananciales no puede ser *accipiens*, pues es precisamente dicha falta de personalidad jurídica la que le impide ser sujeto de derechos⁴⁰; quienes «adquieren» son los dos cónyuges para la sociedad de gananciales, ambos cónyuges deberían adquirir «conjuntamente», pero no pueden ser adquirentes conjuntos máxime cuando uno de ellos sería además el transmitente.

El negocio de aportación de bien privativo se configura como negocio entre cónyuges mediante la sociedad de gananciales. Frente a terceros no adquiere plena virtualidad como acto traslativo del dominio, a pesar de que se inscriba en el Registro de la Propiedad. El título de aportación de bienes a la sociedad de gananciales no es un título autónomo de adquisición del dominio para interponer frente a terceros una acción reivindicatoria o una tercería de dominio, o que pueda servir como justo título para la usucapión. La aportación de un bien a la masa ganancial como segunda transmisión no sana la [viciada] adquisición privativa del cónyuge aportante. En la aportación no existe una verdadera transmisión / adquisición –como en los contratos de compraventa o permuta–, sino que se produce un desplazamiento de bienes propio de la naturale-

⁴⁰ Esto se ve muy claro en los supuestos de aportación a la sociedad de gananciales de bien en proindiviso privativo por mitades de los dos cónyuges, en los que no hay transmisión, pues ambos cónyuges serían los adquirentes y los transmitentes, cambia la cualidad del bien que se integra en la sociedad de gananciales. Así lo reconoce la Dirección General de Tributos en la RDGT 23 de octubre de 2013 (consulta V3145-13) que responde que no produce ganancias ni pérdidas a efectos del IRPF «la titularidad de la vivienda que se pretende aportar a la sociedad de gananciales ya corresponde a ambos cónyuges al 50% por lo que aportantes y adquirentes serían las mismas personas. Por lo tanto, no se produciría ninguna transmisión que pudiera determinar la existencia de una ganancia o pérdida patrimonial».

Por su parte, en el ámbito civil, el Tribunal Supremo defiende que «durante la vigencia del régimen de gananciales no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien. Para que se concrete la titularidad de cada cónyuge sobre bienes concretos es precisa la previa liquidación y división de la sociedad» (STS 17 de enero de 2018, seguida por RDGSJFP 15 de septiembre de 2020).

En cambio, GUTIÉRREZ BARRENGOIA considera que en estos casos se produce una auténtica transmisión: «A esta afirmación no debe obstar la falta de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales puesto que (...) el patrimonio ganancial tiene una autonomía respecto de los bienes privativos que le permite ser el centro de referencia de negocios jurídicos y de contratos. Lo que sucede es que, en estos casos, uno de los cónyuges –el no aportante– deberá actuar como órgano de adquisición de la sociedad de gananciales» (GUTIÉRREZ BARRENGOIA, 2002, p. 296).

za de la sociedad de gananciales, con efectos civiles en el consorcio conyugal (lo que no impide que pueda acceder al Registro de la Propiedad). El bien queda afecto a las reglas propias de la sociedad de gananciales, en cuanto a gestión, disposición, administración y responsabilidad por deudas –se hace común para los cónyuges– y, se repartirá junto con el resto de los bienes gananciales en la liquidación de la sociedad –que serán atribuidos por mitad a la disolución del régimen de gananciales– (art. 1344 CC).

Por ello, la «aportación a sociedad de gananciales» no constituye verdadero título traslativo del dominio con efectos jurídico-reales, pero no con base en la «aportación», sino por la naturaleza de la «sociedad de gananciales». Luego, para interponer activamente frente a tercero una acción reivindicatoria o una tercería de dominio se debe aportar el título por el cual el cónyuge aportante adquirió el bien, pudiendo en su caso acompañarse de la escritura de aportación, por ejemplo, a efectos de legitimación del cónyuge no aportante. E, igualmente, frente a una acción reivindicatoria interpuesta por un tercero, tampoco sería suficiente oponer la aportación a la sociedad de gananciales, sino que habría que oponer el título por el cual el cónyuge aportante ha adquirido el bien *ex* artículo 609 CC⁴¹.

A mayor abundamiento, y respecto a la buena fe, no se puede afirmar que los cónyuges «adquirentes» en el negocio de aportación a la sociedad de gananciales tengan la buena fe requerida en el ámbito de los derechos reales, pues son concededores del conjunto de la operación: «conocen» el título de aportación y el título por el que el cónyuge aportante había adquirido el bien (arts. 433 y 1950 CC, y 34 LH⁴²).

⁴¹ Nos referimos a la relación de los cónyuges con un tercero, en contraposición a la relación de los cónyuges entre sí. La aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales es título suficiente para acreditar el carácter ganancial del bien en una disputa entre cónyuges y entre sus sucesores, pero no basta para acreditar la propiedad del bien frente a un tercero.

Al igual que la escritura pública de segregación o constitución de propiedad horizontal es título suficiente entre las partes y no basta frente a terceros. Así, la STS 26 de mayo de 1994 estimó que la escritura pública de segregación, constitución de propiedad horizontal y ventas de pisos y locales singulares perfectamente individualizados junto con los elementos comunes es título de dominio suficiente para la acción reivindicatoria interpuesta entre las partes –el titular del local comercial y la comunidad de propietarios–, dado que el propietario del bajo comercial de 40 m², tirando un tabique, había anexionado un espacio común destinado a trasteros, ampliando su local a 127 m².

⁴² La buena fe en sede de derechos reales se califica «como estado de conocimiento de la propia situación» (STS 16 de mayo de 1983); diferenciándose de la buena fe en sede de obligaciones que se configura como una conducta. La jurisprudencia ha acuñado la siguiente doctrina jurisprudencial: «la buena fe, en el campo de los derechos reales, en la perspectiva que aquí tiene lugar, no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1279 y concordantes CC), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los arts. 433 y 1950 de nuestro primer Código sustantivo que nada tiene que ver con la maquinación y el engaño que es a lo que el recurrente se refirió en sus

Ahora bien, dicho conocimiento no implica una mala fe en sentido obligacional (art. 1269 CC), ni da lugar, a considerarlo un negocio simulado y aplicarle sus consecuencias jurídicas al tratarse de un negocio familiar⁴³. En caso de intención o motivación fraudulenta en los cónyuges, el negocio de aportación será «válido entre las partes», pero no podrá evitar la aplicación del ordenamiento jurídico que pretendían eludir con la aportación (art. 6.4 CC), como traspasar bienes de la masa privativa de un cónyuge a la masa privativa del otro con los beneficios fiscales que se deriva de usar como «puente» la sociedad de gananciales⁴⁴.

Por tanto, los cónyuges en el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales carecen de la condición de terceros, de adquirentes y de buena fe, por lo que no pueden bene-

escritos de instancia, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama, según puntualiza, a los fines registrales del artículo 34 LH; y ello está en relación con la presunción *ius tantum* de buena fe del artículo 34 LH, que como tal sólo puede ser destruida con prueba en contrario, pero eso sí, con probanzas auténticas y fehacientes de la alegada mala fe» (STS 16 de marzo de 1981).

Ese estado de conocimiento consiste, en su aspecto positivo, en la creencia de que la persona de quien adquirió era dueño y podía transmitirle su dominio (art. 1950 CC), y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la propiedad del transmitente (art. 433 CC) (cfr. SSTS 16 de febrero de 1981, 23 de enero de 1989, 22 de diciembre de 2000, 11 de noviembre de 2002 y 30 de marzo de 2006).

En el ámbito de la buena fe del artículo 34 LH, la STS 22 de septiembre de 1984 había extendido la buena fe no solo al «conocimiento efectivo» sino también al «conocimiento posible». Doctrina que se mantiene en la STS (Pleno) 12 de enero de 2015 y STS 19 de mayo de 2015 (del mismo ponente), sentencia esta última que califica de ética la carga de diligencia que debe exigirse al tercero adquirente a los efectos del artículo 36 LH.

⁴³ Como precisa la STS 3 de diciembre de 2015: «no se traduciría ello en una simulación absoluta, pues siempre estaría como subyacente y disimulado un negocio traslativo de un bien privativo al patrimonio ganancial causalmente amparado y justificado en una causa “verdadera y lícita” cual es la que naturalmente inspira este tipo de negocios familiares, esto es, la referida *causa matrimonii*».

Lo mismo se argumentó cuando, al permitirse a los cónyuges modificar el régimen económico matrimonial durante el matrimonio, pactaban en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes con la única finalidad de evitar la responsabilidad de los bienes gananciales. En un principio se cuestionó la rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores, para luego consolidarse la doctrina de que no son oponibles a terceros. Las SSTS 30 de enero de 1986, 9 de julio de 1990 y 18 de julio de 1991 admitieron la rescisión de las capitulaciones matrimoniales; por el contrario, las SSTS 15 de febrero de 1986, 17 de febrero de 1986, 27 de octubre de 1989 y 7 de noviembre de 1992 desestimaron la rescisión por no cumplirse el requisito de la subsidiariedad dado que los acreedores tienen siempre acciones específicas para reclamar sus créditos. Las SSTS 10 de septiembre de 1987, 5 de junio de 1990, 19 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1994 y 17 de julio de 1997 se decantaron por la inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales.

⁴⁴ La aportación a la sociedad de gananciales que se realiza en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales con la finalidad de intercambiar bienes privativos entre los cónyuges no queda exenta de tributación, como así dispone la RDGT 11 de abril de 2005 (consulta V0604-05). En el mismo sentido, lo acogen la STS (3.ª) 23 de diciembre de 2015 y las SSTSJ de Andalucía de 10 de diciembre de 2013 y del País Vasco de 22 de diciembre de 2015, y lo afirma la STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2006. Sobre esta cuestión, cfr. ZEJALBO MARTÍN, (2022).

ficiarse de la protección legalmente reconocida a los terceros civiles (por ejemplo, ex art. 1295.2 CC), ni mucho menos, en su caso, de la protección conferida a los terceros hipotecarios (art. 34 LH⁴⁵).

Por otra parte, toda esta argumentación no resulta extraña ni contradictoria con los efectos reales y registrales de «otros» trasvases de bienes entre la sociedad de gananciales y los patrimonios privativos de uno y otro cónyuge. Concuere con la doctrina consolidada respecto a las adjudicaciones de los bienes gananciales al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales a un cónyuge con carácter privativo. Se sostiene que existe un desplazamiento de masas –inverso al negocio de aportación– con modificación de la naturaleza de los bienes (de gananciales a privativos), pero que no puede calificarse de verdadero acto traslativo del dominio⁴⁶. En efecto, la falta de transmisión del dominio en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales resulta admitida con generalidad⁴⁷. Esta conclusión queda patente en los

⁴⁵ En parecidos términos, Díez Soto considera que «en ningún caso la operación realizada a través de este negocio podría ser calificada como adquisición protegible a los efectos del artículo 34 LH, puesto que, evidentemente en este caso nunca podría hablarse de la existencia de un tercero» (Díez Soto, 2004, pp. 328-329).

⁴⁶ Cuestión esta pacífica respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, pero no tan sosegada respecto a la disolución de otras comunidades de bienes. Caso por ejemplo de la división de la cosa en comunidad ordinaria, tal y como pone de manifiesto la RDGRN 1 de julio de 2016: «en realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunitario y su posición de poder respecto del bien». Esta controversia sobre el carácter traslativo también se contempló en la RDGRN 25 de julio de 2012 a efectos del título inmatriculador, a cuyo tenor «un sector doctrinal defiende el carácter meramente especificativo de derechos de la disolución de comunidad y afirma que la característica esencial del título público de adquisición es contener un acto de adquisición derivativa, por lo que, por no implicar un título de transferencia inmobiliaria, la división de la cosa común no es título público inmatriculable. Otro sector doctrinal, defiende el carácter traslativo de la disolución, mientras que un tercer sector sin embargo considera que el negocio jurídico causante de la inmatriculación puede ser un título atributivo o determinativo, excluyéndose solamente los títulos meramente declarativos o los que recojan una mera modificación física de la finca, como declaraciones de obra nueva, división horizontal sin disolución de comunidad, división material, agrupación o segregación». Controversia doctrinal que recoge, asimismo, la STS 25 de febrero de 2011 al señalar que «la doctrina entiende que el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes, por lo que debe ser calificado como un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial».

⁴⁷ La STS 4 de julio de 1988 defiende la inexistencia de transmisión de la propiedad en la liquidación de la sociedad de gananciales, al declarar que «admitido el carácter ganancial de las acciones (...) no hay enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real». Esta opinión se reitera por la RDGT 3 de abril de 2017 (consulta V0826-17): «la disolución de la comunidad de gananciales supone la adjudicación de bienes o derechos a cada uno de los cónyuges en pago de su cuota de participación en la referida sociedad, sin que dicha adjudicación pueda considerarse una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino, como ha venido declarando el Tribunal Supremo, una mera especifica-

casos en los que la disolución, liquidación y adjudicación de los bienes gananciales se produce mediante la asignación de mitades indivisas privativas a cada cónyuge, conservando ambos cónyuges la cotitularidad del bien, que deja de pertenecer a la sociedad de gananciales –disuelta–, para entrar en comunidad ordinaria por cuotas iguales en el patrimonio de cada cónyuge⁴⁸.

El negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales no puede beneficiarse del carácter traslativo de los negocios. Esta afirmación parece reconocerse por el Centro Directivo cuando afirma que el negocio de aportación a la sociedad de gananciales «tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos «propriadamente traslativos» del dominio, como la compraventa, la permuta o la donación» (RDGRN 30 de julio de 2018 y dos RRDGSJFP 8908/2020 y 8911/2020 de fecha de 12 de junio de 2020); e, incluso, cuando sostiene que el negocio de aportación a sociedad de gananciales «sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los contratos que, seguidos de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio, conforme a lo dispuesto en el artículo 609 CC» (RDGRN 20 de febrero de 2014).

Por todo ello, consideramos que el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales con cambio de titularidad, y mucho más cuando ese cambio no se produce –caso del negocio de comunicación–, no se puede calificar de verdadero negocio traslativo en sentido jurídico-real, conclusión con manifiestas consecuencias en el ámbito registral.

IV. LOS ASIENTOS REGISTRALES DE LA APORTACIÓN

El negocio de aportación y comunicación de bien privativo a la sociedad de gananciales por su propia finalidad requiere de una cierta publicidad frente a terceros, que se produce mediante la anotación e inscripción en el Registro de la Propiedad, para lo que

ción o concreción de un derecho, pues realmente no se está adjudicando a los cónyuges algo que éstos no tuvieran con anterioridad, tal y como resulta del artículo 450 CC». Cfr. asimismo, RDGT 30 de septiembre de 2020 (consulta V2935-20).

⁴⁸ La adjudicación de los bienes gananciales en condominio ordinario no genera «enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real» (STS 4 de julio de 1988); «la adjudicación de la única finca ganancial por mitad y proindiviso es una operación sin transcendencia económica, supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre el mismo bien» (RDGRN 10 de enero de 1994), y en el mismo sentido, RDGSJFP 25 de marzo de 2021, STS 17 de febrero de 1995 y RDGT 29 de mayo de 2020 (consulta V1683-20).

debe formalizarse en escritura pública o en cualquier otro título inscribible en el Registro⁴⁹. La publicidad resulta necesaria en la relación de los cónyuges –o de un cónyuge– con terceros, ya sean estos terceros adquirentes (reglas de disposición) o terceros acreedores (reglas de responsabilidad).

En caso de que el bien aportado figure inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del cónyuge aportante, el asiento registral de la aportación varía dependiendo de que se efectúe la aportación sólo con cambio de la cualidad del bien (negocio de comunicación) o que, además, se produzca modificación de la titularidad del bien, pasando el bien a ser de titularidad conjunta (negocio de aportación).

En primer lugar, el negocio de comunicación de bien privativo a la sociedad de gananciales sin cambio de titularidad produce un acto de modificación del *status* jurídico del bien, que pasa a tener carácter ganancial, por lo que su acceso al Registro de la Propiedad cuando el bien aparece inscrito a nombre del cónyuge aportante podría realizarse a través de una nota marginal de modificación jurídica, sin requerirse un asiento independiente de inscripción⁵⁰. En efecto, la legislación hipotecaria prevé una nota marginal para la mención de la naturaleza común o privativa de un bien sin cambio de titularidad, por lo que, ante la laguna existente en caso de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales sin cambio de titularidad, se podría extender la indicación de la naturaleza del bien mediante nota marginal⁵¹.

⁴⁹ Algunos autores requieren la formalización en escritura pública de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales en aquellos casos en los que el cónyuge aportante renuncia al reembolso, es decir, en los supuestos que califican de negocio gratuito al entender que en estos casos resulta aplicable el requisito de forma de los arts. 632 y 633 CC (GUTIÉRREZ BARRENGOIA, 2002, p. 321 y LOBATO GARCÍA-MUJÁN, 1995, p. 114). Sin embargo, la superación de la causa gratuita y onerosa y la aceptación de la causa familiar de la aportación permite defender la libertad formal del negocio de aportación.

En cambio, en el Derecho civil aragonés el artículo 215.1 CDFa exige expresamente que los pactos de los cónyuges en orden a restringir o extender la comunidad –entre los que se encuentran la aportación a la comunidad legal– consten en escritura pública. PARRA LUCÁN sostiene que a pesar de exigirse esta aportación en escritura pública no constituye una estipulación capitular (PARRA LUCÁN, 2011, pp. 881-882). Sobre dicho requisito formal, cfr. GASPÁR LERA, 2018, p. 64.

⁵⁰ En palabras de ROCA SASTRE, las notas marginales «son aquellas que consignan registralmente hechos o circunstancias que alteran, complementan o concretan la situación jurídica registrada. Su característica es que, a pesar de surtir efecto jurídico hipotecario o registral, éste no tiene la suficiente envergadura para provocar una inscripción» (ROCA SASTRE, 1979, p. 916).

Sobre las notas marginales, véase AGUIRRE FERNÁNDEZ y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2021, pp. 2239-2301.

⁵¹ Es favorable también a este planteamiento Díez Soto, quien se basa en la analogía con los distintos preceptos del Reglamento Hipotecario que se refieren a la nota marginal como medio adecuado para hacer constar el cambio en la naturaleza de los bienes conyugales (Díez Soto, 2004, p. 333).

Diversos preceptos civiles e hipotecarios prevén el acceso al Registro de la Propiedad mediante nota marginal del cambio de régimen económico matrimonial, así en el artículo 1333 CC según el cual se tomará razón en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones matrimoniales que modifiquen el régimen económico matrimonial; el artículo 102 CC que dispone la oportuna mención en el Registro de la Propiedad de la admisión de la demanda de nulidad, separación y divorcio, o el artículo 1436 CC respecto a la demanda de separación de bienes que se deberá anotar en el Registro de la Propiedad.

Lo mismo sucede con la constancia registral del carácter proindiviso de la vivienda familiar adquirida a plazos por un cónyuge antes del inicio de la sociedad de gananciales (arts. 1357.2 y 1354 CC); dado que el artículo 91 párrafos segundo y tercero del Reglamento hipotecario dispone que la finca comprada antes de la sociedad de gananciales e inscrita a nombre del cónyuge adquirente como privativa, que cambie su destino a vivienda familiar, modificará mediante nota marginal la identificación de la naturaleza ganancial o privativa del dinero empleado en el pago de los restantes plazos, y también se determinará en nota marginal la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial –y por ende, la cuota privativa del cónyuge adquirente–, que requerirá el consentimiento de ambos cónyuges⁵². También accede al Registro de la Propiedad mediante nota marginal la justificación o la confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción (art. 95.6 RH⁵³), dado que la confesión de privatividad de los fondos para la adquisición de un bien realizada con anterioridad a la inscripción, se hará constar en la inscripción que se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella (art. 95.4 RH).

El Reglamento hipotecario establece igualmente que la «incorporación o integración» de bienes inscritos a favor de uno de los cónyuges a una comunidad universal o absoluta, ya sea legal o convencional, con arreglo al Derecho foral o especial podrá hacerse constar por nota marginal (art. 90.1.2 RH⁵⁴). Cuando esos bienes

⁵² Cfr. AGUIRRE FERNÁNDEZ y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2021, p. 2250; FERNÁNDEZ CANALES, 2013, p. 168; y MARTÍN MELÉNDEZ, 2002, pp. 91-99.

⁵³ La RDGRN 19 de octubre de 2010 precisa que «...otros actos no traslativos que afectan al régimen de los bienes del matrimonio [y que] pueden hacerse constar por medio de una simple nota marginal (vid. art. 95.6 RH)».

⁵⁴ En el régimen legal de comunidad absoluta de bienes en el Fuero de Baylío, actualmente se debate si los bienes propios de cada cónyuge se hacen comunes desde la celebración del matrimonio, o al momento de la disolución y liquidación de régimen. La STSJ de Extremadura 5 de noviembre de 2015 sostiene que los bienes se comunican entre sí durante el régimen y se divide por mitad a su disolución. Sobre el régimen universal de

que se hacen comunes figuraban ya inscritos a nombre de uno de los cónyuges en el Registro de la Propiedad, con el inicio del régimen de comunidad no se realiza un nuevo asiento, sino que se hace constar el carácter común de los bienes mediante nota marginal (art. 90.1.2 RH⁵⁵). La similitud existente entre la aportación en el régimen de comunidad universal de bienes y la aportación de un bien privativo a la masa ganancial permite extender al negocio de comunicación de bien privativo a la sociedad de gananciales, la anotación mediante nota marginal de la «aportación» de bienes a la comunidad universal de bienes. Consecuentemente, cabe defender que la aportación de un bien privativo a la masa ganancial sin cambio de titularidad pueda acceder al Registro de la Propiedad mediante nota marginal⁵⁶.

Con la nota marginal de la naturaleza ganancial del bien aportado, que sigue inscrito a nombre del cónyuge aportante, se da publicidad frente a terceros, pudiendo éstos conocer que el bien inscrito a nombre únicamente de uno de los cónyuges –que podía aparecer con carácter privativo (art. 95 RH)– tiene naturaleza ganancial, sometiéndose dicho bien a la regulación de bienes gananciales de titularidad de un solo cónyuge del artículo 93.4 del Reglamento hipotecario. En concreto, los actos de administración o de disposi-

bienes, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2003, pp. 2655-2698; DE PERALTA Y CARRASCO, 2011, pp. 267-284; RAGEL SÁNCHEZ, 2011, pp. 1091-1157.

El régimen convencional de comunidad de bienes del Derecho foral navarro y el *agermanament* o pacto de mitad por mitad del Derecho catalán hacen comunes los anteriores bienes privativos de cada cónyuge, desde que se conviene el régimen en capitulaciones matrimoniales, y si estas fueran anteriores al matrimonio desde su celebración [para Navarra, *cf.* HUALDE MANSO, 2011, p. 704, (modificada la regulación por la Ley Foral 21/2019 de 4 de abril, pero con total utilidad); y respecto a Cataluña, *cf.* NAVAS NAVARRO, 2011, p. 289). Consideramos que pasan a ser comunes los bienes gananciales en caso de que antes del régimen de comunidad existiese un régimen de gananciales, sin necesidad de su previa liquidación, incorporándose a la comunidad los bienes privativos de uno y otro cónyuge, y los eventuales bienes en proindiviso, rigiéndose los bienes por el régimen de comunidad, con independencia de su procedencia. En el caso del régimen de comunicación foral de bienes en la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio su consolidación se produce «en el momento de su disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges dejando hijos o descendientes comunes» (art. 132 DCV).

⁵⁵ La ley 102 FN en su versión originaria preveía la inscripción con esta redacción: «Los bienes de la comunidad conyugal se inscribirán en el Registro de la Propiedad conjuntamente a favor de ambos cónyuges. Si estuvieren inscritos a favor tan sólo de uno de éstos, podrá hacerse constar aquella circunstancia por medio de nota marginal, previa presentación de la escritura de capitulaciones». Actualmente esta ley, que regulaba el aspecto registral –de competencia estatal– de la comunidad universal de bienes, ha sido suprimida.

Corroboración la nota marginal en el supuesto del artículo 90.1.2 RH la RDGRN 22 de junio de 2006.

⁵⁶ La doctrina científica considera también que la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales que no implique una transmisión del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad mediante nota marginal. Así, Díez Soto opina que la aportación, en cuanto acto de afectación, tiene acceso al Registro haciéndose constar por nota marginal (Díez Soto, 2004, p. 333). En parecidos términos, *cf.* CARPIO GONZÁLEZ, 1991, p. 1223; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, 1995, p. 56 y NIETO ALONSO, 2021, p. 77.

ción a título oneroso sobre estos bienes, para su inscripción en el Registro de la Propiedad, deben ser realizados por ambos cónyuges conjuntamente o por uno cualquiera de ellos (ya sea el cónyuge titular o el cónyuge no titular) con el consentimiento del otro o con autorización judicial supletoria; la disposición a título gratuito requiere la actuación conjunta o la actuación individual con el consentimiento del otro (art. 93.2 y 3 RH). En cambio, los actos de agrupación, segregación, división, declaración de obra nueva o constitución de propiedad horizontal puede ser realizados por el titular registral (art. 94.2 RH).

Mayor problema reside en la reclamación por los acreedores de responsabilidad y solicitud de embargo de un bien ganancial inscrito a nombre de un solo cónyuge, debiéndose conjugar según quien sea el titular registral, quien el deudor y la calificación de la deuda (personal o ganancial⁵⁷).

En caso de que el único titular registral sea el deudor, para anotar el embargo sobre bien ganancial es preciso demandar al cónyuge deudor y titular registral, y notificar la demanda al cónyuge no deudor y no titular, de conformidad con el artículo 144 del Reglamento hipotecario⁵⁸; si la deuda fuera ganancial se proseguiría el

⁵⁷ El análisis del embargo de un bien ganancial se circunscribe al embargo ejecutivo; habida cuenta que el embargo preventivo o cautelar plantea los requisitos derivado de la ganancialidad del bien trabado al momento de convertirse el embargo preventivo en embargo ejecutivo. En efecto, los embargos en cuanto que preventivos o cautelares pueden acordarse si quien lo solicita justifica que, en el caso de no adoptarse tal medida, podrían producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela de una eventual sentencia estimatoria. Se trata por tanto de evitar la frustración del objeto del proceso por excesivos formalismos, por lo que se flexibilizan las medidas para su adopción, como sucede con lo relativo a la audiencia al demandado (cfr. RDGRN I de octubre de 2005). La innecesaridad de notificación al cónyuge no deudor en los embargos preventivos de un bien ganancial es doctrina acogida por la RDGSJFP 14 de diciembre de 2021, a cuyo tenor «el hecho de que el bien tenga carácter ganancial no es obstáculo para que pueda decretarse la medida cautelar sobre el mismo, ya que será en el momento de su conversión en ejecutivo cuando se exigirá dicha notificación evitando así la indefensión procesal pudiendo el cónyuge proceder de conformidad con los artículos 1373 CC y 541 LEC. Si con posterioridad a la anotación de embargo preventivo no se practica en el Registro la conversión del embargo preventivo en ejecutivo y, por tanto, no consta la notificación al cónyuge del demandado, el registrador podrá denegar la inscripción del auto [decreto] de adjudicación». Consecuentemente, la anotación de un embargo preventivo o cautelar sobre un bien ganancial no queda sometida a lo previsto en el artículo 144 RH, accediendo al Registro de la Propiedad aun cuando no se hubiese dirigido demanda o realizado notificación del embargo al cónyuge no deudor.

⁵⁸ Particularmente, BENAVENTE MOREDA entiende que del artículo 144 RH «parece que el legislador toma en consideración exclusivamente el aspecto puramente formal, de quién tiene la cualidad de parte en la relación contractual y jurídico procesal. De tal suerte que si fueron parte ambos cónyuges, habrán de ser demandados ambos, mientras que si fue parte uno sólo, porque la deuda fue contraída formalmente por uno solo de ellos, o porque la deuda es privativa (puesto que no se diferencia en absoluto siendo el tratamiento el mismo para ambos supuestos), bastará que conste que ha notificado el embargo al otro cónyuge» (BENAVENTE MOREDA, 2000, p. 799).

procedimiento, en cambio, si la deuda tuviese carácter privativo⁵⁹, el cónyuge no deudor debidamente notificado podrá instar, incluso en el procedimiento de ejecución, el mecanismo de los artículos 1373 CC y 541 LEC⁶⁰.

Lo mismo sucede en caso de disociación del carácter de deudor y de titular registral, cuando el deudor es el cónyuge no titular, la deuda no se ha calificado de ganancial o privativa, y el acreedor pretende embargar un bien ganancial de titularidad exclusiva del cónyuge no deudor⁶¹. Para poder anotar el embargo sobre un bien ganancial a nombre del cónyuge no deudor es suficiente incoar el procedimiento ejecutivo de embargo contra ambos cónyuges –a uno por deudor y al otro por titular registral exclusivo del bien cuyo embargo se solicita– (art. 144 RH⁶²), momento en el cual uno o

⁵⁹ La doctrina se plantea cómo puede el acreedor hacer excusión de los bienes privativos del cónyuge deudor para pedir el embargo de bienes gananciales, si es necesario probar la insuficiencia total o parcial de los bienes privativos del deudor, si hace falta entablar una acción judicial que resulte infructuosa o simplemente un trámite judicial, o si basta la mera manifestación de los acreedores de no haber hallado otros bienes para el cobro de sus derechos de crédito, acogiéndose a la presunción de la ganancialidad de los bienes (art. 1361 CC). En general, se inclinan por esta última opinión, con la consecuencia de que son los cónyuges quienes deben señalar los bienes privativos existentes del deudor para que sobre ellos recaiga el embargo, puesto que el incumplimiento de este deber por parte del deudor o de su consorte no puede perjudicar a los acreedores. Cfr. GIMÉNEZ DUART, 1983, p. 122; RAGEL SÁNCHEZ, 1987, p. 182; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 1995, p. 102; CUADRADO PÉREZ, 2008, pp. 424-425; SABORIDO SÁNCHEZ, 2011, p. 1029.

⁶⁰ El cónyuge no deudor puede solicitar al Juez que está conociendo que decrete la disolución de la sociedad de gananciales, pero también puede disolverse en capitulaciones matrimoniales por ambos cónyuges [como admitió la STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción) 2 de abril de 1990]. En el mismo momento o ulteriormente (cfr. STS 12 de febrero de 1991), se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales, que puede ser judicial o hacerse de forma convencional entre ambos cónyuges, con pago a los acreedores de la sociedad de gananciales. En caso de que los cónyuges no liquiden convencionalmente, ni pidan la liquidación judicial en el plazo otorgado por el juez, tendrá lugar el remate en el proceso de ejecución, que ha seguido tramitándose sin suspenderse (cfr. SSTS 29 de abril de 1994 y 12 de enero de 1998). Los acreedores de uno y otro cónyuge podrán intervenir a su costa en la liquidación de la sociedad de gananciales para evitar que se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 1083 CC por remisión del art. 1410 CC) (STS 28 de septiembre de 1993). Por su parte, el cónyuge deudor puede oponerse a la disolución o liquidación de la sociedad de gananciales señalando bienes privativos en los que sustituir la traba.

Sobre el embargo de los bienes gananciales, cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1986, pp. 476-522; BENAVENTE MOREDA, 2000, pp. 777-856; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNA-RIAGA, 2016, p. 11.

⁶¹ Así lo previene la RDGRN 16 de febrero de 2017.

⁶² De acuerdo con ello, la RDGRN 17 de mayo de 2017 resuelve como único motivo de recurso «si puede practicarse anotación preventiva de embargo sobre finca inscrita a nombre de un cónyuge con carácter ganancial cuando del mandamiento judicial presentado no resulta de forma auténtica el hecho de haberse demandado al cónyuge no titular o habérsele notificado debidamente el decreto de embargo», concluyendo que «para que resulte anotable un embargo sobre un bien inscrito con carácter ganancial, es imprescindible que la demanda se haya dirigido contra ambos esposos, o que, habiéndose demandado sólo al que contrajo la deuda, se le dé traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución al cónyuge no demandado».

ambos cónyuges podrían oponerse al embargo indicando bienes privativos del deudor que trabar, y, el cónyuge no deudor instando el mecanismo de los artículos 1373 CC y 541 LEC⁶³. Una vez solicitada la disolución, el Juez acordará la suspensión de la ejecución⁶⁴ e incoará en pieza separada el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales *ex* artículos 806 a 811 LEC⁶⁵.

Por su parte, la RDGRN 5 de octubre de 2001 afirma que la notificación debe ser al cónyuge no deudor y titular registral, pues su finalidad es la no indefensión del titular registral y desestima el recurso de recaudación ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social contra el marido, con diligencia de embargo de la finca registral, porque el «cónyuge» cotitular registral no coincidía con el «cónyuge» a quien se le había notificado la demanda y el embargo.

⁶³ GUILARTE GUTIÉRREZ señala que este mecanismo se puede instar a través de «una mera comparecencia ante el Juzgado que haya conocido de la referida oposición», habida cuenta de la falta de regulación sobre el trámite que debe seguirse para pedir la disolución de la sociedad de gananciales (GUILARTE GUTIÉRREZ, 2000 a, p. 2585). En este mismo sentido, *cfr.* BERROCAL LANZAROT, 2004, p. 132.

Con anterioridad a la LEC de 2000 el trámite para la disolución de la sociedad de gananciales del artículo 1373 CC era un procedimiento incidental idóneo, de acuerdo con el artículo 949.2 LEC 1881. En efecto, como señaló la STS 12 de enero de 1999 –con un voto particular en contra del Magistrado Almagro Nosete– «cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo, como reconoce la Sentencia de 29 de octubre de 1984, en incidente en el proceso de ejecución» (*cfr.* asimismo, STSJ de Navarra 10 de mayo de 1997 y AAP de Alicante 3 de marzo de 1992). En opinión de RAGEL SÁNCHEZ el procedimiento incidental resultaba el cauce más idóneo ante la deficiente legislación procesal con base a las siguientes razones: «a) la cuestión planteada por el cónyuge no deudor tiene relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito (art. 742 LEC), pues la pretensión del cónyuge no deudor va encaminada directamente a producir una modificación del embargo y, por lo tanto, incide directamente en el asunto principal objeto del pleito; b), con el trámite del incidente se evitan retrasos innecesarios; c) con esta fórmula se ofrece audiencia a los demás interesados para que aleguen lo que les convenga; y d) el procedimiento incidental no plantea dificultades técnicas insalvables en el proceso de ejecución» (RAGEL SÁNCHEZ, 1987, p. 210).

⁶⁴ Se debate a este respecto si el juez puede o no denegar la disolución solicitada. En opinión de RAGEL SÁNCHEZ la petición del cónyuge no es vinculante para el juez atendiendo al tenor literal del artículo 541 LEC que dispone tras la solicitud del cónyuge que el juez «resolverá lo procedente sobre la división del patrimonio: pese a la letra del artículo 1373 CC estimamos que el juez ejecutor puede denegar la solicitud de disolución del régimen de gananciales en tres supuestos en que se puede manifestar un abuso de derecho» (cuando el acreedor ejecutante sea el cónyuge deudor, la cuantía de la deuda sea insignificante en relación a la del caudal común o cuando la deuda contraída por un cónyuge sea responsabilidad de la sociedad de gananciales) (RAGEL SÁNCHEZ, 2011, pp. 1216-1223). En contra de esta opinión, REBOLLEDO VARELA sostiene que «se trata de un efecto legal obligatorio, automático y vinculante que no depende de que el tribunal estime o no oportuno acordarlo, (...) siempre se produce *ope legis*» (REBOLLEDO VARELA, 2013, p. 9718). Esta opinión es compartida por ARSUAGA CORTÁZAR, 2015, p. 2534.

⁶⁵ Sobre el procedimiento *cfr.* MARTÍ PAYÁ, 2018, p. 355; MARÍN VELARDE, 2011, p. 94; GUILARTE GUTIÉRREZ, 2000 b), pp. 4364-4436.

Más problemático es el supuesto de embargo por deudas de un cónyuge –o *ex* cónyuge– sobre bienes que habiendo sido gananciales figuran en el Registro de la Propiedad a nombre del cónyuge no deudor como privativos. El Centro Directivo ha sentado la doctrina de que el acreedor para poder solicitar la anotación de embargo debe acreditar que la deuda es ganancial –y fue contraída durante la vigencia de la sociedad de gananciales–, instando la calificación de la deuda en un procedimiento declarativo, para lo cual debe demandar a ambos cónyuges. Es necesaria «una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda, pues, no existiendo en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales, ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada

El negocio de aportación con cambio de titularidad requiere un asiento registral diferente a la nota marginal que no es procedente en este caso; el cambio de titularidad justifica el distinto tratamiento a efectos registrales. Y ello porque no sólo es necesario anotar el carácter ganancial del bien aportado (como ocurre en el negocio de comunicación), sino que además es preciso modificar la titularidad del bien para que sea conjunta de ambos cónyuges. La aportación del bien privativo a la sociedad de gananciales con cambio de titularidad precisa de un nuevo asiento de inscripción en el que se especifique la titularidad conjunta. Esta nueva inscripción conjunta da publicidad frente a terceros del carácter ganancial del bien, sometiendo el bien a las reglas de la codisposición y coadministración, y sujetándolo a responsabilidad como los demás bienes gananciales. Las reglas de administración y disposición son las mismas que en el caso de que el bien ganancial estuviera inscrito a nombre de un cónyuge. Los actos de administración y disposición pueden ser realizados conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro o con autorización judicial supletoria. La disposición gratuita no permite suplir el consentimiento de un cónyuge con autorización judicial.

Respecto a la anotación de embargo de un bien ganancial inscrito a nombre de los dos debe demandarse a ambos cónyuges cuando los dos son deudores. Pero en caso de que el deudor sea uno solo se requerirá demandar al deudor y notificar la demanda y el embargo al cónyuge no deudor, teniendo en cuenta –como quedó precisado anteriormente– que, en caso de deuda privativa, el cónyuge no deudor que ha sido notificado podrá ejercer el mecanismo de los artículos 1373 CC y 541 LEC.

Ahora bien, el hecho de que la aportación con cambio de titularidad exija para su acceso al Registro de la Propiedad de un asiento de inscripción, no implica que en sentido estricto sea un acto traslativo de dominio; al igual que los actos de agrupación, segregación, división, declaración de obra nueva o constitución de propie-

jurídicamente como tal, mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales. Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24 CE» (cfr. RRDGRN 15 de abril de 2002, 17 de marzo de 2005, 5 de julio de 2007, 20 de junio de 2018 y 22 de marzo de 2019 y RDGSJFP 26 de abril de 2021).

La RDGRN 29 de diciembre de 2005 suspende, asimismo, la inscripción del embargo por no haber pertenecido las fincas a la sociedad de gananciales, pues habían sido adquiridas por el marido tras la separación judicial, anotación de embargo solicitada por la tesorería general de la seguridad social por deudas de la esposa, que el recaudador califica de gananciales.

dad horizontal requieren de asientos de inscripción, y no hay traslado dominical.

Lo mismo ocurre en la liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicación a los cónyuges de los bienes gananciales inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos cónyuges. La adjudicación a cada cónyuge de los bienes gananciales produce una modificación de la titularidad y de la cualidad del bien accediendo al Registro mediante asiento de inscripción, pese a no constituir un verdadero acto traslativo del dominio⁶⁶.

V. LA APORTACIÓN Y LA INMATRICULACIÓN REGISTRAL

Los bienes privativos aportados a la sociedad de gananciales, que no estuvieran inscritos previamente, deberán acceder al Registro de la Propiedad mediante su inmatriculación. Sobre esta base, procede examinar si el negocio de aportación a la sociedad de gananciales puede funcionar como título para la inmatriculación de acuerdo con el sistema «tan facilitado» de inmatriculación por doble título del artículo 205 LH⁶⁷.

1. LA INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO

Como cuestión previa para abordar el negocio jurídico de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales como título para la inmatriculación del bien aportado en el Registro de la Propiedad, es preciso analizar, si bien muy brevemente, los requisitos de la inmatriculación por doble título, conforme al artículo 205 LH, a efectos de determinar si el negocio de aportación puede funcionar como título previo y/o inmatriculador.

Este artículo 205 ha sido modificado por la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad de regular de manera más minuciosa la inmatriculación mediante doble título público, tal y como consta en la propia Exposición de Motivos de la referida Ley (apartado IV). En la redacción originaria, la inmatriculación del artículo 205

⁶⁶ Como ha quedado precisado anteriormente, la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales como ha venido declarando el Tribunal Supremo no constituye un acto de transmisión de la propiedad, sino una mera especificación o concreción de un derecho (STS 4 de julio de 1988).

⁶⁷ Aunque anterior a la reforma del artículo 205 LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la RDGRN 16 de noviembre de 2009 en un supuesto de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales afirmaba que «la inmatriculación de fincas en nuestra legislación hipotecaria está facilitada».

requería de «...títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos...», mientras que en la redacción vigente la inmatriculación se inicia con la necesaria presentación de «...los títulos públicos “traslativos” otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca “al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público”...» (art. 205 LH).

La actual redacción del artículo 205 añade varios requisitos a efectos de la inmatriculación de una finca, uno cualitativo, otro formal y el tercero temporal⁶⁸. En opinión del Centro Directivo la «diferencia esencial de la reforma radica en dos requisitos, el relativo a la forma documental y el momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad» (RDGRN 19 de noviembre de 2015). El requisito relativo a la forma documental menciona exactamente una sucesión de dos «documentos públicos», por lo que requiere que el adquirente haya adquirido por escritura pública u otro documento público de quien, a su vez, pudiera acreditar su propiedad en documento público⁶⁹.

El requisito temporal precisa que entre ambos títulos públicos debe haber transcurrido el plazo de un año, no admitiéndose plazos

⁶⁸ Además de los requisitos expuestos, el título inmatriculador debe contener la descripción de la finca a efectos registrales, y acompañarse de la certificación catastral descriptiva y gráfica, con la finalidad de evitar una doble inmatriculación. Con la calificación positiva, el registrador notificará la inmatriculación a las personas interesadas (poseedor, titulares de cargas, colindantes, ayuntamiento), «ordenará la publicación del edicto y utilizará el servicio en línea para creación de alertas específicas a que refiere la regla séptima del apartado 1 del artículo 203» (art. 205 LH).

El actual precepto no recoge el párrafo segundo del artículo 205 LH originario, a cuyo tenor «en el asiento que se practique se expresarán necesariamente las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas de los mismos documentos o de otros presentados al efecto». Entendemos que sigue siendo necesario la toma de razón de la acreditación de la propiedad de quien transmite la finca, para los eventuales supuestos en los que se contradiga la propiedad por un tercero, o aparezca una doble inmatriculación o cualquier otra impugnación en el ámbito registral o extrarregistral.

⁶⁹ En este sentido, como señala la RDGRN 19 de noviembre de 2015 «en cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 CC». En efecto, el artículo 298 RH, de *Inmatriculación de fincas en virtud de títulos públicos*, exige que el título previo sea un «documento fehaciente», pero en las redacciones de 1947, 1959 y 1998 el documento fehaciente era descrito incluyendo el documento privado: «comprende, no sólo los incluidos en el artículo 3 de la Ley, sino los que, según el artículo 1227 CC, hagan prueba contra tercero en cuanto a su fecha». Esta definición fue declarada nula por el fallo de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 31 de enero de 2001 (argumentación en el FD 18.^º). Ahora con la nueva redacción, «no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes».

de tiempo inferiores al anual⁷⁰. De la redacción de la ley se deriva que la fecha determinante es la que figura en la segunda escritura pública, por lo que la fecha del título previo debe ser anterior en más de un año⁷¹. Habitualmente se entiende que dicho lapso de tiempo anual debe recaer entre las fechas de los documentos públicos, pero en el caso de que no haya transcurrido un año entre ellos, se admite la acreditación de haber adquirido la propiedad con anterioridad al [primer] documento público, y siempre con una antelación mínima de un año respecto al título inmatriculador⁷².

⁷⁰ La doctrina aplaude la inclusión del requisito temporal de transcurso de un año entre los títulos con la finalidad de evitar el fraude y reforzar la inmatriculación de fincas (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2018, p. 263 y GARCÍA GARCÍA, 2016, p. 891).

No obstante, a pesar de que el requisito anual supone una garantía de veracidad, tampoco impide una elaboración *ad hoc*, como parece deducirse, por ejemplo, de los supuestos en los que entre los dos títulos públicos aportados ha transcurrido justamente el plazo legal de un año. Así un año y veintiocho días transcurre entre los documentos públicos en la RDGSJFP 8916/2020, 12 de junio de 2020; y dieciocho meses en la RDGSJFP 3 de noviembre de 2021.

⁷¹ Si bien la Ley hipotecaria no incluía el requisito temporal antes de la última redacción, la cadencia de un año entre los títulos era ya requerido en el artículo 298.3.º RH, en la redacción originaria de 1947 y en la reforma de 1959, según el cual el transmitente debía acreditar la previa adquisición del bien que transmitía «mediante documento de fecha fehaciente anterior en un año, por lo menos, al día en que se practique la inscripción», requisito temporal que fue suprimido por la reforma de 1998.

La RDGRN 25 de julio de 2012 recuerda la diferente regulación entre la Ley y el Reglamento hipotecarios: el artículo 205 LH «exige que el transmitente acredite de modo fehaciente haber adquirido con anterioridad al título público que se presenta a inmatriculación, y si bien no exige categóricamente un lapso de tiempo especial entre ambas transmisiones, a diferencia de lo que hacía el Reglamento Hipotecario en su artículo 298, modificado en este extremo por la reforma llevada a cabo por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, sin embargo sí excluye la simultaneidad, ... simultaneidad que en este caso concurre de forma plena, al punto de documentarse el total *iter* transmisivo que en un mismo y único instrumento público».

⁷² De acuerdo con la referida interpretación, la RDGRN 5 de septiembre de 2018 entendió cumplido el plazo de un año entre los dos títulos, pese a que las escrituras se habían otorgado ante el mismo notario en la misma fecha. Como título inmatriculador se presentaba el negocio de aportación de dos fincas de la esposa a la sociedad de gananciales, y como título previo de acreditación de la propiedad la escritura de adjudicación parcial de herencia por el que la esposa se adjudicaba las dos fincas como heredera universal de sus padres, alegándose que la fecha del título previo a tener en cuenta no es la fecha de la escritura notarial de adjudicación parcial de los bienes hereditarios, sino la apertura de la sucesión, momento desde que se entienden transmitidos los bienes (en el presente caso, los causantes habían fallecido en 1994 y 2007). El Centro Directivo afirmó que el «lapso temporal mínimo de un año ha de computarse no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior». Ello significa que «en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia». Igualmente, la RDGRN 30 de octubre de 2012 calculó el plazo desde la compraventa en documento privado acaecida doce años antes de la aportación a la sociedad de gananciales, y no desde la escritura pública de compraventa formalizada dos meses antes.

El requisito cualitativo añade que el título inmatriculador debe ser «traslativo» de dominio, mención que el artículo 205 LH no realizaba anteriormente de manera expresa, pero que se entendía implícitamente: «la diferencia esencial entre ambas redacciones legales no se encuentra tanto en la necesidad de que el título público inmatriculador sea traslativo, pues tal exigencia, aunque no viniera expresamente formulada en la anterior dicción legal sí que resultaba implícita en ella, como reiteradamente ha venido considerando la doctrina científica, la jurisprudencia y la propia doctrina consolidada de este Centro Directivo» (RDGRN 19 de noviembre de 2015 y RDGSJFP 18 de febrero de 2021)⁷³.

A su vez, el artículo 298 del Reglamento hipotecario, a partir de la redacción de 1998, requiere que el título inmatriculador sea título «de adquisición»: «...la inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna se practicará mediante el título público de su adquisición».

Por tanto, el título inmatriculador debe ser un título «traslativo» y «adquisitivo» del dominio. En algunas ocasiones, tanto antes como después de 2015, el Centro Directivo ha extendido al título previo los requisitos de ser «traslativo» y «adquisitivo» del dominio exigidos al título inmatriculador, requiriendo dos transmisiones que produzcan dos adquisiciones, ambas en documento público: «la inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño. Se busca así que sean dos transmisiones efectivas y reales» (RRDGRN 9 de mayo de 2013, 22 de junio de 2013, 27 de junio de 2013, 31 de enero de 2014 y 7 de febrero de 2014, y RDGSJFP 18 de febrero de 2021).

En cambio, tanto la Ley como el Reglamento hipotecario no requieren que el título previo sea traslativo del dominio, sino que basta que pueda documentar una adquisición anterior. En efecto, la Ley exige aportar un documento público por el que el transmitente «acredita haber adquirido la propiedad» de la finca (art. 205 LH) y el Reglamento menciona que «acredite la previa adquisición de la finca que se pretende inscribir mediante documento fehaciente» (art. 298.1.1 RH, requisito exigido desde la redacción originaria sin solución de continuidad, pero en las redacciones de 1948 y 1959 incardinado en el número tercero del art. 298.1).

A nuestro modo de ver, atendiendo a la literalidad de la Ley y Reglamento hipotecarios se requiere que sea traslativo del dominio únicamente el título inmatriculador, mientras que el título previo

⁷³ En el mismo sentido, se manifiesta MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2018, p. 260.

—formalizado también en documento público— debe poder acreditar la adquisición de la propiedad. Por tanto, consideramos que no es preciso que se encadenen dos transmisiones/adquisiciones mediante dos títulos traslativos del domino formalizados en documento público⁷⁴. Es el título inmatriculador el que tiene que ser traslativo y gozar de la característica esencial del título público que contiene un acto de adquisición derivativa, mientras que es suficiente que el título público previo acredite la propiedad del transmitente, sin que necesariamente haya de ser traslativo del dominio⁷⁵.

⁷⁴ Esta interpretación es la que asume la RDGRN 19 de noviembre de 2015, a cuyo tenor «cabe plantearse la cuestión de si, cuando la Ley exige que los otorgantes del título público traslativo “acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público”, ese complemento circunstancial “mediante título público” se refiere al verbo acreditar o al verbo adquirir. Es decir, surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que, mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior. Y parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205» (cfr. RRDGRN 14 de noviembre de 2016 y 1 de junio de 2017).

Asimismo, el Reglamento hipotecario (art. 298 RH, desde su redacción originaria hasta la vigente) mantiene que el documento fehaciente puede ser complementado con un acta de notoriedad. Acta de notoriedad cuya regulación ha sido modificada por el artículo 209 del Reglamento notarial (RN) en 2008, con la finalidad de que el notario adquiera mayor certeza. El Centro Directivo admite como título previo un acta de notoriedad y recoge la modificación efectuada: «ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 RH, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 LH, y a la regulación del artículo 209 RN, será necesario tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le “resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso”» (RRDGRN 23 de junio de 2016 y 5 de junio de 2019). Sin embargo la doctrina se cuestiona si el acta de notoriedad puede seguir prestando la función de título previo (cfr. MUÑOZ NAVARRO, 2021, pp. 1711-1713; LUQUE JIMÉNEZ, 2010, pp. 319-323).

⁷⁵ El carácter del título inmatriculador, y en menor medida del título previo, ha generado un importante debate doctrinal y jurisprudencial respecto a qué títulos cumplen la función de título «traslativo» del dominio, si sirve como título inmatriculador —y como título previo— un título declarativo del dominio o un título especificativo. En concreto, se ha cuestionado si el título de disolución de comunidad y división de la cosa común, el título de aceptación de herencia y el título de partición, y los títulos que recojan una mera modificación física de la finca, como las declaraciones de obra nueva, la división horizontal sin disolución de comunidad, una división material, agrupación o segregación de fincas, sirven como título inmatriculador y como título previo. Sin poder entrar en esta interesante cuestión, bástenos apuntar que tales títulos han sido considerados títulos aptos a efectos de la inmatriculación por doble título público en las resoluciones más recientes. Así, la división de la cosa común en la RDGRN 1 de julio de 2016 (a diferencia de la RDGRN 26 de mayo de 1994 que había adoptado la solución contraria); la escritura de aceptación de herencia y adjudicación de la finca son consideradas suficientes para la inmatriculación de bienes en las RRDGRN 8 de junio de 2009 y 28 de septiembre de 2018 (anteriormente no lo habían sido en las RRDGRN 4 de diciembre de 2000 y 12 de mayo de 2003); la escritura de segre-

La finalidad de la reforma del artículo 205 LH en 2015 ha sido endurecer los requisitos para la inmatriculación, exigiendo que se enlace el título traslativo de dominio con un título acreditativo de la propiedad, formalizados ambos en documentos públicos y con la mínima cadencia entre ellos de un año para evitar la inmatriculación de títulos realizados *ad hoc*.

No obstante, pese al intento del legislador, lo cierto es que la instrumentalidad de los documentos sigue facilitada, obligando a los solicitantes, que con la única finalidad de lograr la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad elaboran los documentos *ad hoc*, a esperar al transcurso del plazo anual entre títulos.

Con la finalidad de evitar tales situaciones, el Centro Directivo, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica y a fin de garantizar la objetividad y publicidad del procedimiento, exige a los registradores que en el control de la inmatriculación por título público, «extremen las precauciones» para evitar el acceso al Registro de títulos elaborados *ad hoc* con el único fin de obtener la inmatriculación, para ello, deben calificar los títulos que se presentan, «calificación que no se limita a una pura operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos», y suspender la inscripción en aquellos casos en los que aprecie la «instrumentalidad de los títulos» (RDGRN 27 de junio de 2013)⁷⁶.

El Centro Directivo deriva la consideración de que los títulos que se presentan han sido elaborados *ad hoc* de «una pluralidad de “factores” (tales como la simultaneidad de fechas de los títulos, transmisiones circulares, ausencia de función económica, neutralidad o bajo coste fiscal de los negocios traslativos, etc.) que ofrezcan “indicios” suficientes de que la documentación ha sido creada o concebida *ad*

gación como título inmatriculador en la RDGRN 26 de julio de 2011; la «entrega en concepto de mejora» conforme la Ley de Derecho Civil de Galicia se calificó de título apto en la RDGRN 22 de junio de 2013 y de título ficticio en la RDGRN 25 de julio de 2012.

⁷⁶ Con anterioridad a los pronunciamientos sobre aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales como título inmatriculador, y con títulos públicos de compraventa, sobresalen trece RRDRN de 26 de julio (3), 27 de julio (3), 28 de julio (2), 29 de julio (3) y 30 de julio de 2005 (2) con el «mismo» supuesto. Se presentan ante el registrador de la Propiedad de Valdemoro (Madrid), don Francisco Die Lamana, diversas escrituras públicas de compraventa celebradas ante dos notarios de Leganés, por un entramado de varias sociedades limitadas en posiciones de compradoras y vendedoras, sociedades que tienen como administrador único la misma persona física. Nótese que las fincas rústicas objeto de las compraventas estaban siendo objeto del Plan General de Ordenación de Ciempozuelos, ya en tramitación. El registrador no procede a la inmatriculación. El Centro Directivo corrobora la nota del registrador y suspende la inscripción «ante el riesgo de que la documentación fuese elaborada a los solos fines inmatriculadores», además de que no se había presentado la certificación catastral, con el consiguiente riesgo de doble inmatriculación. En estos supuestos, los títulos –compraventas de terrenos rústicos– eran traslativos del dominio, pero no se daban otras circunstancias, como ser terceros entre sí, tal y como se constató con el levantamiento del velo.

hoc» (RRDGRN 25 de julio de 2012, 9 de mayo de 2013 y 29 de mayo de 2014, y RDGSJFP 18 de febrero de 2021)⁷⁷.

2. LA APORTACIÓN COMO TÍTULO INMATRICULADOR O TÍTULO PREVIO

El artículo 205 LH admite la inmatriculación por doble título de aquellos bienes no inscritos en el Registro de la Propiedad mediante la presentación de dos títulos públicos —el primero acreditativo de la propiedad y el inmatriculador traslativo del dominio— entre los que haya transcurrido al menos el plazo de un año. Con base en tales requisitos procede analizar si el negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales puede funcionar como título inmatriculador o, en su caso, como título previo para la inmatriculación. Sobre esta cuestión se observa en los últimos años un cambio de criterio efectuado, no tanto por parte de los registradores, sino especialmente por el Centro Directivo.

En un primer momento, el Centro Directivo resolvía negativamente la inmatriculación, considerando que el negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales no constituía título inmatriculador. A este respecto, destaca la Resolución de 21 de mayo de 2007 que confirma la calificación negativa de la documentación de una finca presentando como título de inmatriculación la aportación de un bien privativo del marido a la sociedad de gananciales, y como título previo un contrato de compraventa de dos fincas (una rústica y otra urbana sitas en el mismo municipio) en escritura pública, en el que el marido era el comprador y su esposa comparecía con la finalidad de confesar el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición; ambos títulos habían sido escriturados el mismo día. Recurrida la negativa a la inscripción de los títulos, el Centro Directivo confirma la nota del registrador. Argumenta que los títulos presentados tienen a los cónyuges como otorgantes, que son autorizados con números correlativos del protocolo, que en el primero recae confesión de privatividad, para seguidamente aportar los bienes a la sociedad de gananciales, cuando se hubiera podido conseguir esta finalidad directamente

⁷⁷ Interesa destacar que la RDGSJFP 18 de febrero de 2021 asevera: «es doctrina de este Centro Directivo que no supone una extralimitación competencial que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados ad hoc de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos. Así se viene exigiendo, a fin de garantizar la objetividad y publicidad del procedimiento, que de las circunstancias concurrentes no resulte que la documentación se haya creado artificialmente con el objetivo de producir la inmatriculación».

mediante la atribución de ganancialidad por aplicación del artículo 1355.1 CC; por lo que concluye que «en el terreno de lo racional –que no en el de las conjeturas–», las partes buscaban crear una documentación tendente a la inmatriculación. Nótese que, en los dos títulos presentados que escrituran dos negocios jurídicos, intervienen únicamente dos partes: por un lado, los vendedores del primer documento público, y por otro, los cónyuges que comparecen en la posición de comprador en el primer documento público y que también actúan como las partes en la aportación a la sociedad de gananciales que se presentaba como documento inmatriculador. Como puede observarse, a pesar de que la resolución se produce antes de la inclusión del requisito temporal de un año entre los títulos públicos, no se basa solo en la simultaneidad de los títulos para denegar la inmatriculación, sino que alega la ausencia de función económica, dado que se hubiera conseguido la misma finalidad directamente mediante la atribución expresa de ganancialidad.

También, la Resolución de 16 de noviembre de 2009 confirma la suspensión de la inscripción con base en que los títulos aportados «no son más que transmisiones instrumentales». En el supuesto, los cónyuges habían pactado en capitulaciones matrimoniales la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicación de los bienes gananciales por mitades indivisas privativas a ambos cónyuges, y ocho días después habían vuelto a pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen de sociedad de gananciales aportando cada uno de ellos la mitad indivisa de tales bienes. Con base en los hechos expuestos, el Centro Directivo concluye que «debe hacerse notar que, al final del proceso, y respecto a los bienes a los que el recurso se refiere, dichos bienes mantienen el mismo carácter que tenían anteriormente», que «el cambio de régimen matrimonial ha durado ocho días», y se ha utilizado «dos negocios jurídicos de sentido contrario –disolución de sociedad de gananciales y nueva aportación– que, además, están exentos del impuesto de transmisiones». En esta resolución, el Centro Directivo se fija en la concurrencia de los factores e indicios como la transmisión circular –de ida y vuelta en el caso– y el bajo coste fiscal, para colegir que la documentación, en la que la aportación se presentaba como título inmatriculador, se había realizado *ad hoc*.

Asimismo, la Resolución de 9 de mayo de 2013 denegó la inmatriculación de una escritura de compraventa a título oneroso, en la que los cónyuges vendían a un tercero un bien ganancial, que con el número de protocolo anterior y la misma fecha, acababa de ser aportado por la mujer a la sociedad de gananciales, sin haberse justificado el carácter privativo ni expresado «su título de adquisi-

ción»; ejerciendo en este caso la escritura pública de aportación la función de título previo. El Centro Directivo entiende que la documentación se ha creado *ad hoc*, deduciéndolo de los indicios y «de las circunstancias que rodeaban su otorgamiento (la simultaneidad de ambos negocios, la inexistencia de título original de adquisición y el nulo coste fiscal)».

En las Resoluciones analizadas, la calificación negativa a la inscripción de los bienes por aportación a la sociedad de gananciales no se fundamenta en la falta de carácter traslativo del negocio de aportación entre cónyuges, sino que la Dirección General entiende que la documentación se ha creado *ad hoc* (con el objeto de lograr la inmatriculación) con base especialmente en los «indicios» y «factores» señalados: simultaneidad de los dos títulos (resoluciones anteriores a la reforma de 2015 que incluyó el requisito temporal anual entre títulos), ausencia de función económica o neutralidad económica, bajo coste fiscal de esos negocios, y también transmisiones circulares por cuanto el propietario inicial no desaparece a lo largo del proceso negocial documentado, pues los bienes quedan en manos de las mismas personas que los tenían inicialmente o de las personas intermedias (se producen transmisiones circulares o «de ida y vuelta» con dos negocios en sentido inverso).

Dejando de lado estas tres resoluciones negativas a la admisión de la aportación a la sociedad de gananciales como título para la inmatriculación, los demás pronunciamientos del Centro Directivo han fallado en sentido positivo, admitiendo el negocio de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales para la inmatriculación, al entender que no concurren indicios suficientes para sostener la elaboración de los documentos a tal efecto, por lo que –concluyen– el negocio de aportación resulta apto como título inmatriculador y como título previo⁷⁸.

⁷⁸ Descartamos las RRDGRN 17 y 18 de febrero de 2004 que admitieron como título inmatriculador sendas escrituras de aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales, si bien habían sido precedidas de escrituras de compraventa, en las que ejercía de parte vendedora la misma persona (una tía), que tenía a su favor certificación catastral completa, siendo sobrinos casados en régimen de gananciales los compradores en las dos compraventas. Recurre el mismo notario interviniente y las resoluciones son idénticas. En la RDGRN 17 de febrero de 2004, la tía vendedora vende la nuda propiedad de una casa-habitación (en la calle San Isidro de Eslida, Castellón) a dos sobrinas por mitades indivisas. Comparecen en la notaría los dos maridos para confesar que sus esposas compraban con dinero privativo. Seguidamente las esposas otorgan escritura pública con número correlativo de protocolo por el que aportan la nuda propiedad a sus sociedades de gananciales. En la RDGRN 18 de febrero de 2004, dos semanas después, la misma vendedora junto con otra copropietaria escrituran la venta a otro sobrino de un solar (en la calle del Príncipe Felipe de Eslida, Castellón) del que ambas eran propietarias por mitades indivisas, aunque en el catastro la tía figuraba como titular única; comparece la mujer del comprador al efecto de confesar que el dinero era privativo del marido, y una semana después

El primer pronunciamiento que hemos localizado que permite la inmatriculación con un negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales es la Resolución de 19 de octubre de 2010. Precisa que la aportación por parte del marido de una finca a la sociedad de gananciales «comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial», justificando de esta manera que sea un título «traslativo», con estimación del recurso y revocación de la nota de la registradora⁷⁹. En el supuesto la escritura de aportación del marido a la sociedad de gananciales se acompaña de «un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente o causante [el marido] es tenido por dueño» de conformidad con el artículo 298.1.2.º del Reglamento hipotecario. La Resolución rechaza la posibilidad de apreciar el carácter ficticio del título, posibilidad que –ha de entenderse en sus justos términos– sin que pueda admitirse una mera suposición, conjetura o sospecha de actuación fraudulenta. «Tales excepciones no deben llevar a desvirtuar el carácter reglado del procedimiento de inmatriculación, de modo que con carácter general el registrador ha de practicar las inscripciones solicitadas, siempre que se presenten títulos que cumplan los requisitos legalmente establecidos al efecto».

Como puede observarse la Dirección General de los Registros y del Notariado apela al «carácter reglado» del procedimiento y a la presentación de «títulos formales», admitiendo la escritura pública de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales como vehículo apto para la inmatriculación de bienes en el Registro de la Propiedad, siempre que la documentación aportada no

éste aporta el solar a la sociedad de gananciales. Las idénticas y breves resoluciones se basan en la certificación catastral existente a favor de la vendedora, al figurar «la finca catastrada a nombre de las vendedoras del título previo, no habrá dificultad alguna, presentando la misma documentación, en cambiar los titulares catastrales, para que coincida el catastro con la inscripción que se realice en el Registro». El Centro Directivo señala que con la presentación de las compraventas se suple el hecho de que ninguna de las partes del negocio de aportación coincide con la titular catastral. Por tanto, aunque técnicamente parece admitirse el negocio de aportación como título inmatriculador, lo cierto es que la certificación del catastro funcionó como título previo de acreditación de la propiedad del titular catastral transmitente, por lo que las compraventas ejercieron también la función de título inmatriculador.

⁷⁹ La registradora, en continuidad con la doctrina anterior, había suspendido la inscripción solicitada al entender que la aportación a la sociedad de gananciales era un negocio de fijación jurídica inscribible en el Registro de la Propiedad, pero carente de efectos traslativos. En particular, la registradora había considerado que «el negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales (...) ha sido admitido por la Dirección General como inscribible, pero no constituye título inmatriculador, ya que su efecto consiste en que determinados bienes que pertenecen privativamente a una persona casada bajo el régimen de gananciales pasan de tener un determinado *status* jurídico-patrimonial (el de bienes privativos) a tener otro diferente (el de gananciales) pero sin cambiar de dueño. Se puede decir que estamos ante un negocio de fijación o calificación, pero carente de efectos traslativos».

pueda calificarse de artificial, en el sentido de que se haya elaborado con la finalidad de conseguir la inmatriculación⁸⁰.

Ello significa que se rechaza la inmatriculación sólo en aquellos casos en los que se haya elaborado la documentación *ad hoc*, es decir, con la intención o motivación de que sirvan para la inmatriculación. Para poder llegar a esta conclusión, el Centro Directivo insta a los registradores a realizar un profundo examen en la calificación de los títulos presentados. Por el contrario, cuando no pueda acreditarse la elaboración artificiosa por falta de intención o de motivación en el solicitante, por ejemplo, por aportar junto con el título de aportación un documento *mortis causa* o la liquidación de la sociedad de gananciales por separación o divorcio, se admitirá la inmatriculación. Lo relevante no es, pues la posible concurrencia de los «indicios» y «factores» determinantes, sino la intención o motivación artificiosa «previa» del solicitante. De tal modo que, en aquellos casos en los que concurriendo algún indicio –véase transmisiones circulares– no existe artificiosidad, la solución será favorable a la inmatriculación.

Esta postura adoptada por la Dirección General ha sido reiterada en ulteriores resoluciones que, para la claridad de la exposición, se agrupan por los supuestos de hecho, en los cuales se presenta una escritura de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales con la finalidad de inmatricular la finca, y cuyas circunstancias concurrentes –indicios y factores– van aumentando progresivamente.

El primer bloque aglutina los supuestos en los que el negocio jurídico de aportación funciona como segundo título público para la inmatriculación, siendo el primero la adquisición privativa del bien por parte del cónyuge aportante, adquisición que se produce antes de la sociedad de gananciales, o a título gratuito constante el régimen de gananciales, es decir, el bien ingresa directamente en el patrimonio privativo del [futuro] aportante. Una adquisición a título gratuito por herencia y aportación a la sociedad de gananciales 21 días después de que el cónyuge aportante recibiera por escritura de herencia el bien aportado son los hechos que concurren en la Resolución de 31 de enero de 2014. El Centro Directivo sostiene que «no puede deducirse la existencia de indicios suficientes que evidencien que la documentación calificada haya sido creada o concebida *ad hoc* con el único propósito de obtener la inmatricula-

⁸⁰ En opinión de MARIÑO PARDO «el negocio general de aportación a gananciales puede servir de título inmatriculador, en unión de un título previo de adquisición, *ex artículo 205 LH*» (MARIÑO PARDO, 2019). Parecen compartir esta misma conclusión, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2017, p. 979; NIETO ALONSO, 2021, pp. 80-83 y ORDÁS ALONSO, 2019, pp. 1847-1867.

ción» y como «el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores» estima el recurso gubernativo. Ahora bien, aunque se verifique el requisito formal de dos documentos públicos, la aportación del bien heredado a la sociedad de gananciales no cumple el requisito de ser un verdadero acto traslativo de dominio que produzca una adquisición derivativa entre terceros. Para denegar la inscripción, se podría haber acudido al argumento de que tras la última transmisión el bien continúa en las manos de la persona intermedia. En parecidos términos, la Resolución de 7 de febrero de 2014 admite la inmatriculación de un terreno mediante la presentación como título previo de la escritura de donación del bien a favor de la esposa y como título inmatriculador el negocio de aportación del bien a la sociedad de gananciales nueve meses después, al considerar que no existe suficiente justificación para concluir que la documentación ha sido realizada *ad hoc*.

El segundo bloque reúne los supuestos en los cuales la adquisición «privativa» por el cónyuge aportante se produce durante la sociedad de gananciales a título oneroso, interviniendo aseveración o confesión de privatividad por parte del cónyuge no adquirente, para seguidamente aportar dicho bien a la sociedad de gananciales. Para la inmatriculación se presenta la adquisición «privativa» como título previo, y la aportación como título inmatriculable⁸¹. Tal es el caso de la Resolución 8916/2020, de 12 de junio de 2020 en la que la esposa compró mediante escritura pública una finca rústica en octubre de 2018 con aseveración del esposo del carácter privativo de la contraprestación, y en noviembre de 2019 la aportó a la sociedad de gananciales, de modo que si bien se verificaba el plazo anual entre los dos títulos públicos, «se ha dejado transcurrir únicamente un año y veintiocho días» como señala la nota de la registradora, compatible con la artificiosidad de la documentación. La Resolución estima el recurso al considerar que «no concurren los elementos necesarios para poder inferir la creación instrumental de documentación *ad hoc* para procurar la inmatriculación eludiendo los requisitos legales», y uno por uno, va intentando neutralizar los indicios: que la exención de la aportación a la sociedad de tributación no basta para deducir la creación instrumental, que ambos negocios no encubren un pacto de atribución de ganancialidad (art. 1355 CC) pues ha transcurrido el plazo anual, que no termina

⁸¹ RAGEL SÁNCHEZ considera que el negocio de aportación es título inmatriculador, pues cabe la inmatriculación de un bien aportando como primer título público el título de adquisición de dicho bien por un cónyuge constante la sociedad de gananciales con confesión de privatividad de su consorte y como título inmatriculador el negocio de aportación a la sociedad de gananciales (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 1494).

siendo titular quien inicialmente lo transmitió aunque sigue siendo titular final quien fue titular intermedio, y finalmente que ha pasado más de un año entre el doble título traslativo público cumpliéndose el plazo legalmente estipulado. En nuestra opinión, esos indicios –proximidad temporal de ambos negocios separados por el mínimo plazo legal, encubrimiento de la atribución de ganancialidad que demuestra la ausencia de función económica, permanencia del bien en el mismo cónyuge en la transmisión intermedia y en la final, exención fiscal de la aportación– no quedan satisfactoriamente neutralizados, sino que deberían haber justificado la desestimación del recurso gubernativo y la confirmación de la nota negativa de la registradora.

En este mismo sentido, la Resolución de 3 de noviembre de 2021 estima la inmatriculación solicitada con una escritura pública de compraventa con confesión de privatividad en junio de 2018, y negocio de aportación a la sociedad de gananciales en diciembre de 2020; y también la Resolución de 30 de octubre de 2012, en la que la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene en cuenta la fecha del documento privado de compraventa suscrito en 1998 por el marido con confesión de privatividad de su esposa, sin computar como inicio del plazo la fecha de la elevación a escritura pública del contrato de compraventa (septiembre de 2011), producida dos meses antes de la escritura pública de aportación de la finca a la sociedad de gananciales (diciembre de 2011). El carácter privativo de la finca comprada se deriva de la «certificación expedida por el Catastro en la que figura la parcela catastrada a favor del cónyuge aportante, y no a favor de éste y su cónyuge». Nótese que para eludir la simultaneidad de los documentos, aunque todavía no se había incluido el requisito del plazo anual, se utiliza la fecha del primer acto jurídico –compraventa en documento privado– y no las fechas de los documentos públicos.

Finalmente, el tercer grupo engloba aquellos supuestos en los que la escritura pública de aportación funciona como primer título público (título previo), siendo el segundo la adjudicación del bien tras la liquidación de la sociedad de gananciales a un cónyuge. A este respecto, destaca la Resolución de 18 de febrero de 2021, que revoca la calificación negativa de la registradora fundamentada en «el carácter circular de los negocios celebrados, aportación a la sociedad de gananciales y liquidación de la sociedad de gananciales, pues tras la celebración de los mismos la finca concluye en la misma titularidad inicial». El Centro Directivo atiende solo a la intencionalidad y elaboración *ad hoc* de los documentos, y estima

la solicitud de inmatriculación. Reconoce que «aunque termina siendo titular quien inicialmente realizó el negocio de atribución patrimonial, es indudable que no puede entenderse que la liquidación de gananciales, como consecuencia del divorcio transcurridos los años indicados (trece años), se haya realizado con la mera finalidad de conseguir la inmatriculación de la finca». En efecto, cuando la liquidación de la sociedad de gananciales se produce tras la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial no puede afirmarse que exista intención de los cónyuges de elaborar los documentos con la única finalidad de lograr la inmatriculación, pero la concurrencia de otros factores e indicios como la circularidad de las transmisiones, que son las mismas partes las que intervienen en ambos documentos, además de que la adjudicación de los bienes gananciales a los cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales difícilmente puede ser calificada de acto traslativo de dominio, debería haber impedido la idoneidad de esos títulos –aportación a sociedad de gananciales y adjudicación a los cónyuges en la liquidación– para la inmatriculación de la finca⁸².

Del análisis de los distintos supuestos puede deducirse la posición favorable del Centro Directivo a la inmatriculación de bienes por doble título del artículo 205 LH, presentando como título previo o como título inmatriculador el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, pues se admite que dicho negocio «comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial», que la masa ganancial se separa y diferencia de los patrimonios personales de los cónyuges, que dicho trasvase patrimonial tiene consecuencias jurídicas en la medida en que implica una mutación sustancial de la situación jurídica preexistente», concluyendo que «cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores». Luego sólo se puede

⁸² En cambio, la RDGRN 4 de agosto de 2014 deniega la inscripción de la finca litigiosa en el Registro con fundamento en la «circularidad del resultado». La diferencia reside en que en esta resolución, la disolución de la sociedad de gananciales no se había producido por separación, divorcio o nulidad matrimonial, sino que los cónyuges la habían disuelto convencionalmente en capitulaciones matrimoniales, liquidándola parcialmente y estableciendo el régimen económico matrimonial de participación de las ganancias. Para la inmatriculación, se presenta escritura de liquidación y adjudicación de la finca ganancial en proindiviso privativo por mitades a ambos cónyuges, que se acompañaba de un acta de notoriedad. De acuerdo con la opinión del registrador, la RDGRN entiende que «concurren, y con singular relevancia, otros indicios señalados en la nota de calificación, tales como el nulo o escaso coste fiscal de la operación diseñada, la nula o escasa función económica, la intervención de personas ligadas por estrechos vínculos familiares (cónyuges, en este caso), y sobre todo, la circularidad de la operación efectuada, ya que la finca, que inicialmente era común a dos esposos con carácter ganancial, queda al final del proceso siendo también común a ambos esposos, pero por mitades indivisas, mediante la simple conversión de la sociedad de gananciales en una comunidad ordinaria por cuotas».

denegar la inmatriculación, cuando se aprecie la creación *ad hoc* de la documentación.

Los argumentos esgrimidos sobre un verdadero «desplazamiento» patrimonial entre masas de bienes diferenciadas y separadas pueden ser compartidos, sin embargo, a nuestro modo de ver, se olvidan otras razones fundamentales, como la naturaleza de la sociedad de gananciales que conlleva la ausencia de personalidad jurídica, donde la condición de socio coincide con la cualidad de cónyuge, e inexistencia de la mínima y necesaria independencia, que impide que el título público de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales sirva como título inmatriculable, y también que funcione como título previo cuando se acompaña de la liquidación de la sociedad de gananciales como título inmatriculador.

El hecho de que los dos documentos —o solo el primer documento— no se hayan elaborado *ad hoc* con la intención explícita de lograr la inmatriculación, no impide detectar tales indicios y factores que deberían seguir teniendo la función de impedir la inmatriculación por la vía del doble título, como la intervención en ambos títulos de las mismas partes (transmisiones circulares e incluso «de ida y vuelta» de la aportación a la sociedad de gananciales seguida de la liquidación), la carencia de la condición de terceros, la ausencia de función económica o el nulo o escaso coste fiscal.

Llama la atención que el Centro Directivo estime la concurrencia de estos «factores» denegando la inmatriculación, en otros supuestos de aportación de un bien a una sociedad civil o mercantil sin personalidad jurídica propia e independiente, que es precedida de la aportación del bien a la sociedad de gananciales, como puede observarse en la Resolución de 25 de junio de 2012 que analiza dos escrituras públicas otorgadas por los cónyuges el mismo día y ante el mismo notario, la primera era una aportación a sociedad de gananciales de unas fincas privativas del marido, y la segunda la aportación de esas fincas a una sociedad civil formada por ambos esposos junto a su hijo. El Centro Directivo confirma la no inmatriculación no sólo «por la simultaneidad y escaso coste fiscal de las operaciones documentadas, sino también la «circularidad» (...) por cuanto el titular inicial no desaparece nunca del todo a lo largo del proceso negocial documentado; dado que, después de los dos títulos otorgados, los bienes quedan, en definitiva, en manos de las mismas personas y de un hijo de los cónyuges, por lo que, al menos en gran parte, siguen siendo titulares reales los cónyuges aportantes y desde luego todavía lo sigue siendo el titular inicial».

Asimismo, la Resolución de 25 de julio de 2012 analiza la escritura pública otorgada una viuda y su hijo de liquidación por

mitades indivisas de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento del marido y padre, aceptan la herencia, adjudican al hijo la mitad indivisa de cada bien ganancial correspondiente del padre, y la madre aporta la plena propiedad de la otra mitad indivisa al hijo a título de pacto de mejora. El Centro Directivo confirma la nota negativa de la registradora: «en el presente caso concurren casi todos los indicios mencionados más arriba que se han manejado para apreciar la instrumentalidad de la operación diseñada. Ya que no solo se da la simultaneidad, en grado absoluto pues las dos alegadas transmisiones se producen en un único instrumento público, otorgado en unidad de acto y, por tanto, con perfecta coetaneidad, y escaso coste fiscal de las operaciones documentadas, sino también la participación exclusiva en tales operaciones de personas ligadas por los vínculos más estrechos de parentesco (matrimonio y filiación), la gratuidad de las operaciones, e incluso la circularidad, por cuanto, tras las operaciones documentadas, los bienes quedan, en definitiva, en manos de un hijo de los cónyuges titulares, hijo en quien concurre la condición de heredero del marido fallecido, en cuya posición patrimonial queda subrogado como tal sucesor universal del mismo», afirmación esta última que es matizada: «porque, aunque la titularidad que resultaba del título final era distinta de la inicial, no lo era en cambio totalmente de la que resultaba del título intermedio». Obsérvese que, en el caso se aprecia la instrumentalidad de las transmisiones, si bien y habida cuenta de que la causa del primer documento público se encuentra en el fallecimiento del marido que disuelve la sociedad de gananciales, malamente puede aceptarse una motivación previa y elaboración artificial de los documentos.

En suma, pese a que la opinión mayoritaria y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública respaldan la idoneidad del negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales como título previo o inmatriculador a los efectos de la inmatriculación del artículo 205 LH, como ha quedado expuesto, en nuestra opinión no es un título apto para ese fin.

VI. SOBRE EL DERECHO DE REEMBOLSO

El negocio de aportación de bien privativo a la masa ganancial, con cambio de titularidad, plantea el posible reconocimiento de un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante al tiempo de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

El nacimiento del reembolso a favor del cónyuge aportante ha estado enredado con la causa –onerosa o gratuita– del negocio de

aportación, al concluir que el negocio tenía causa onerosa cuando se había pactado el reembolso o el cónyuge aportante se había reservado dicho derecho, y gratuita en aquellos casos en los que no se hacía mención expresa o el cónyuge aportante renunciaba al derecho de reembolso.

El binomio causa onerosa-gratuita en el negocio de aportación parecía haberse superado al reconocerse en los últimos años como causa familiar implícita el sostenimiento de las cargas del matrimonio. Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo ha vuelto a conectar la causa del negocio de aportación con el derecho de reembolso, tal y como puede observarse en la Sentencia de 12 de febrero de 2020 (quizás porque el supuesto de autos se había planteado como de atribución expresa de la ganancialidad *ex* artículo 1355.1 CC), y, de forma más clara, en la Sentencia de 10 de enero de 2022, cuya controversia era precisamente el reconocimiento del derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante y la necesidad de reserva previa de ese derecho.

La Sentencia de 12 de febrero de 2020 resuelve un supuesto enrevesado de aportación de una vivienda privativa a la sociedad de gananciales: la esposa en estado de soltera había comprado a plazos en documento privado y recibido la entrega de una vivienda, posteriormente contrae matrimonio en régimen de sociedad de gananciales hasta que por capitulaciones matrimoniales se estipula convencionalmente el régimen de separación de bienes, produciéndose después el divorcio. Transcurridos cinco años, los interesados contraen nuevamente matrimonio en régimen de gananciales y elevan a escritura pública la compraventa privada de la referida vivienda con atribución de ganancialidad; finalmente, vuelven a divorciarse. El procedimiento judicial de liquidación del régimen de gananciales cuestiona la naturaleza de la vivienda familiar y el posible derecho de reembolso a favor de la esposa. El Juzgado de Primera Instancia entendió que la vivienda familiar había sido adquirida a plazos antes del matrimonio, calificándola de proindiviso entre la esposa y la sociedad de gananciales por aplicación de los artículos 1357.2 y 1354 CC. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y declaró que la vivienda era ganancial por atribución expresa de ganancialidad (art. 1355.1 CC) efectuada por ambos cónyuges en la escritura pública de compraventa –al fijar en este momento la adquisición del bien–, fallando que debía incluirse en el activo ganancial la totalidad de la vivienda familiar y el ajuar doméstico, sin haber lugar al derecho de reembolso. El Tribunal Supremo estima la aplicación indebida del artículo 1355 CC, porque la esposa había adquirido –con título y modo– la vivienda

antes de contraer matrimonio, y, en consecuencia, ya formaba parte de su patrimonio privativo cuando contrajo matrimonio; otorga a la declaración contenida en la escritura pública el significado de aportación de bien privativo a la masa ganancial, manteniendo la calificación de vivienda enteramente ganancial por aportación de los cónyuges en la escritura pública. Pero la aportación parece limitarse a la «parte privativa» de la vivienda «a pesar de que literalmente el artículo 1355 CC se refiere a la adquisición a título oneroso “durante el matrimonio”, debe tenerse en cuenta que, dada la amplitud con la que el artículo 1323 CC admite la libertad de pactos entre cónyuges, ampara los desplazamientos patrimoniales entre el patrimonio privativo y ganancial y, en consecuencia, ampara que de mutuo acuerdo los cónyuges atribuyan la condición de ganancial tanto a un bien privativo como a un bien en parte ganancial y en parte privativo». En consecuencia, el fallo estima parcialmente el recurso para incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales el crédito a favor de la mujer por los plazos pagados con dinero privativo (los abonados antes del primer matrimonio y los efectuados después de pactar el régimen de separación de bienes en 1983 hasta el nuevo matrimonio de 10 de febrero de 1989) y debidamente actualizados. Lo que significa el reembolso a favor de la esposa del valor actualizado de los pagos realizados con dinero privativo.

En este caso y ante la ausencia de petición expresa, el Tribunal Supremo consideró que se aportaba a la sociedad de gananciales la parte privativa de la vivienda al haberse adquirido con fondos privativos y, con base en ello, entiende que surge a favor de la esposa un crédito frente a la sociedad de gananciales por el valor actualizado de los pagos realizados. La cuantía del reembolso queda determinada con el montante de los plazos pagados con dinero privativo debidamente actualizados, cuantía que puede ser compatible con la fijación del reembolso en el valor del bien aportado, entendiéndose que el valor de la cuota privativa aportada de ese bien coincidirá con el valor de los plazos pagados para su adquisición. Consecuentemente, el Tribunal Supremo admite el reembolso a favor del cónyuge que había aportado (en parte) un bien privativo a la sociedad de gananciales.

La consagración del reembolso se realiza con la Sentencia de 10 de enero de 2022 al dictaminar que, no es necesario reservar el derecho de reembolso en el negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, pues éste surge siempre salvo renuncia expresa. En el caso enjuiciado, se entabla solicitud de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales de con-

formidad con lo previsto en el artículo 809 LEC. La controversia del litigio lo conforma la inclusión en el pasivo del derecho de reembolso, pues las partes están conformes en otorgar carácter ganancial a los bienes aportados por el marido constante el matrimonio. La escritura pública de aportación de la vivienda y plaza de garaje incluía interesantes cláusulas: fijaba el valor de los bienes, hacía referencia a que la «causa» de la aportación era el sostenimiento de las cargas del matrimonio, contenía referencia a la exención del impuesto de transmisiones onerosas, y se solicitaba su inscripción en el Registro de la Propiedad. A pesar de la inclusión de estas cláusulas nada se expresaba sobre el reembolso ni su reserva. Las sentencias de instancia desestimaron el derecho de reembolso a favor del esposo, al no constar en la escritura de aportación una «causa onerosa» del negocio que hiciera surgir el reembolso. El Tribunal Supremo estima el recurso, concede el derecho de reembolso, y sienta como doctrina dos importantes conclusiones: por un lado, que no es necesario que conste una causa onerosa, dado que es la causa gratuita la que tiene que constar, pues no se puede presumir el carácter gratuito de la aportación «ya que no hay razón para presumir una donación si no se dispone que lo sea»; por otro, que no es necesaria la previa reserva del derecho de reembolso, que nace salvo que se excluya explícitamente, «la regla es que toda atribución real tiene su contrapartida obligacional y genera a favor del aportante un reintegro», que fija en «el valor de lo aportado al tiempo de la aportación, valor que deberá actualizarse monetariamente al tiempo de la liquidación»⁸³.

⁸³ Nótese, que la sentencia establece, por un lado, que lo que se reembolsa es el valor del bien aportado, y por otro, la actualización monetaria al tiempo de la liquidación, que significa la valoración del bien al momento de la aportación, y la actualización de ese valor a la liquidación.

Para el caso del negocio de aportación no resultan aplicables los arts. 1358 CC y 1398.3.^a, pues estos se refieren a deudas pecuniarias, que se actualizan con criterios específicos. La STS 24 de marzo de 2022 ha casado la sentencia de instancia que había actualizado el valor del reembolso según el artículo 1398.3.^a, con el criterio del artículo 1108 y falla a favor de la actualización mediante la aplicación de la evolución de los índices del precio al consumo (IPC), fijados por el Instituto Nacional de Estadística.

La solución –de admitirse el reembolso en el negocio de aportación– podría encontrarse en el régimen de valoración de las donaciones en la sucesión ex arts. 818 y 1045 CC, a cuyo tenor las donaciones realizadas por el causante en vida deben valorarse al momento de la partición, tal y como se encontraban al tiempo de la donación (cfr. STS 22 de febrero de 2006). Ello trasladado al régimen del negocio de aportación significaría la valoración del bien aportado al tiempo de la liquidación, tal y como se encontraba al momento de la aportación.

El reembolso debe realizarse atendiendo al 100% del valor del bien, pues sólo de esta manera puede equilibrarse las masas patrimoniales, recibiendo cada cónyuge la mitad del valor del bien: en el activo se incluye el bien ganancial y en el pasivo el derecho de crédito a favor del cónyuge por el valor total del bien. A efectos impositivos, y dado el carácter personal de la obligación tributaria, en la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, se entiende transmitido el 50% del bien, porque el otro 50% en cuanto ganan-

Previamente, la Sentencia de 3 de diciembre de 2015 también había enlazado el reembolso con la causa del negocio de aportación, pero en sentido inverso. Fundamentó la aportación de la vivienda familiar en la *causa matrimonii*, que «no debe ser entendida como un nuevo género distinto de la causa onerosa, remuneratoria o gratuita», pero que se incluye en la categoría de causa de liberalidad, por lo que rechaza el reembolso. En el caso enjuiciado, marido y mujer habían contraído matrimonio el día 14 de julio de 2010, fijando como domicilio conyugal la vivienda privativa adquirida por el marido 5 años antes de la boda. Cuatro meses más tarde, ambos cónyuges otorgaron escritura pública mediante la cual el marido aportaba a la sociedad de gananciales la citada vivienda de su propiedad, «manifestándose que ello respondía a una compensación por deudas contraídas por el mismo con la sociedad de gananciales». El matrimonio fue disuelto por divorcio mediante Sentencia de mayo de 2012, reclamando el marido el derecho de reembolso por el artículo 1358 CC como consecuencia de la aportación realizada; petición que se desestima. El Tribunal Supremo reconoce que «la aportación por uno de los miembros de la sociedad de gananciales a dicha sociedad –de tipo germánico y sin distribución por cuotas– de un bien de su propiedad «por razón de liberalidad» [que] ha de insertarse en las especiales relaciones del derecho de familia y, en concreto, de las nacidas de la institución matrimonial», pero diferenciando «no todo acto de liberalidad comporta una donación en sentido estricto», y en el caso la aportación no es «una transmisión patrimonial de la propiedad realizada de forma gratuita por un sujeto a otro⁸⁴».

Después de estos dos pronunciamientos –Sentencias de 3 de diciembre de 2015 y de 10 de enero de 2022– y con el trasfondo del derecho de reembolso, el Tribunal Supremo vuelve a incidir sobre una «causa onerosa» o una «causa gratuita» en el negocio de aportación, y su relación con el reconocimiento de un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante, en caso de que no se hubiese

cial sigue siendo del cónyuge aportante [RRDGT 16 de junio de 1999 (consulta 1025-99), 26 de enero de 2016 (consulta V0303-16) y 23 de febrero de 2018 (consulta V0513-18)]. GAVIDIA SÁNCHEZ extiende este porcentaje al ámbito civil, al entender que el cónyuge que aporta un bien privativo a la masa ganancial, tiene un derecho de reembolso por el valor del 50% actualizado de dicho bien, correspondiendo el otro 50% al cónyuge aportante en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, pues solo «de esta manera se consigue restaurar el equilibrio entre las masas patrimoniales» (GAVIDIA SÁNCHEZ, 1986, p. 141).

⁸⁴ Conclusión que acoge la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) 22 de mayo de 2019, a cuyo tenor «la aportación se entiende que lo es en atención a esta particular causa objetiva [*causa matrimonii*], lo que excluye el derecho de reembolso; no existe, pues, una causa onerosa, sino que se trata de una atribución con una causa atípica, destinada a ampliar el activo ganancial, que no confiere derecho de reembolso».

reservado dicho derecho. Estos pronunciamientos, aun cuando son opuestos en sus fallos concuerdan con la causa atribuida al negocio de aportación: en la primera sentencia se afirma la *causa matrimonii* de carácter liberal, por lo que no surge un derecho de reembolso⁸⁵; en la segunda se ratifica el carácter oneroso de la aportación, porque no cabe presumir la donación y, en consecuencia, se admite el reembolso salvo voluntad en contra del cónyuge aportante⁸⁶.

Ahora bien, el posible nacimiento del reembolso no puede derivarse de la causa –onerosa o gratuita– del negocio de aportación, pues como ha quedado expuesto anteriormente, dicho negocio tiene una causa específica e implícita: la causa familiar (el sostenimiento de las cargas del matrimonio y el aumento de la masa ganancial) «en la que no concurre ánimo liberal ni tampoco se pacta contraprestación alguna» (en palabras de la STS 3 de diciembre de 2015). No en balde, el posible derecho de reembolso no es causa sino consecuencia de la aportación del bien. Por ello, desligado el reembolso de la causa del negocio de aportación, cabe profundizar en los efectos que, a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pueda producir la aportación de un bien privativo a la masa ganancial y, en concreto, respecto al nacimiento de un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante, pues el derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante solo ha sido reconocido de manera expresa en la Sentencia de 10 de enero de 2022.

A favor del nacimiento del derecho de reembolso estaría el denominado principio de equilibrio entre las masas patrimoniales, que permite configurar un sistema de corrección de las salidas de dinero y bienes tanto del patrimonio privativo como de la masa ganancial para la adquisición de bienes o en pago de obligaciones y gastos que corresponden a la «otra» masa.

Así, por un lado, cuando se emplean fondos privativos o fondos gananciales para adquirir bienes gananciales o bienes privativos respectivamente, nace un derecho de reintegro a favor de la masa que aporta los fondos por el dinero aportado, a tenor del artícu-

⁸⁵ Esta doctrina jurisprudencial ha sido acogido por los autores, como botón de muestra, MARAÑÓN ASTOLFI considera que «a efectos prácticos, tal posible “tercera causa” –*causa matrimonii*– ha terminado, no sin vacilaciones, y en forma genérica, siendo englobada en las precitadas causas típicas, estas son, la onerosa (si existe derecho de reembolso) y la gratuita (en caso contrario, generalmente, por haberse explicitado en tal sentido) (MARAÑÓN ASTOLFI, 2021, p. 235).

⁸⁶ La SAP de Sevilla (Sección 2.ª) 14 de febrero de 2019 falló que «la invocación genérica del sostenimiento de las cargas familiares como causa de la transmisión del bien privativo al patrimonio ganancial, junto a la inexistencia de una cláusula de reserva del derecho de reembolso de su valor actualizado en caso de liquidación, neutralizan el argumento de que la aportación ha de reputarse onerosa por estar exenta del impuesto de transmisiones patrimoniales».

lo 1358 CC. Por otro lado, cuando se aportan bienes privativos para satisfacer gastos o pagos gananciales, como si fuera una dación en pago o una cesión de bienes, surge a favor del cónyuge propietario un derecho a ser reintegrado por el valor del bien a costa de la masa ganancial, tal y como reconoce el artículo 1364 CC, y lo mismo cuando para el pago de deudas y obligaciones gananciales se utiliza dinero privativo, de conformidad con el artículo 1398.3.ª CC.

Ahora bien, estos tres preceptos –artículos 1358, 1364 y 1398.3.ª CC– y los criterios sobre los que se fundamentan manifiestan importantes diferencias con la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales.

Los artículos 1358, 1364 y 1398.3.ª CC reconocen expresamente y regulan el reembolso por la utilización de dinero o de bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad de gananciales o para la adquisición de bienes gananciales. La finalidad inmediata es hacer frente *ad extra* a un gasto, una deuda, un pago o una obligación de carácter ganancial. Estos preceptos tienen en común la salida del patrimonio privativo de uno de los cónyuges de dinero o de un bien, en beneficio de la sociedad de gananciales. Desplazamiento de dinero o de un bien que no ingresa en la masa ganancial ni en el patrimonio privativo del otro cónyuge, sino que se entrega a un tercero como contraprestación⁸⁷.

En cambio, en la aportación a la sociedad de gananciales, el bien aportado sale del patrimonio privativo de un cónyuge e ingresa en la masa ganancial y, por tanto, con finalidad *ad intra*. En el negocio de aportación, el cónyuge aporta un bien que formaba parte de su patrimonio privativo a la masa común con la finalidad de atender las necesidades de la familia, es decir, en cumplimiento de la obligación de soportar las cargas del matrimonio, materializando, en el plano patrimonial, el deber conyugal de ayuda o socorro mutuo y de actuación en interés de la familia, y aumentando los bienes afectos de los cónyuges a las necesidades de la familia.

A mayor abundamiento, en aras al equilibrio de las masas patrimoniales en la sociedad de gananciales, no deja de ser muy significativo que en una reforma en la que el derecho de reembolso se

⁸⁷ Resulta cuestionable la afirmación de la STS 14 de enero de 2003: «al no haberse probado que la referida suma se destinara a la adquisición de bienes determinados, sino que simplemente –confundida con el dinero ganancial– se dedicó al sostenimiento de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, procede que, por aplicación del artículo 1364 CC se reconozca su derecho a ser reintegrada de su valor a costa del patrimonio común», pues con la finalidad de otorgar un derecho de reembolso al cónyuge que ha ingresado dinero privativo en una cuenta común, fundamenta erróneamente que ese depósito de dinero en una cuenta común constituye un supuesto de aportación de bien privativo para el pago o satisfacción de un gasto o deuda ganancial del artículo 1364 CC haciendo surgir un derecho de crédito a favor del cónyuge «aportante».

comporta casi como principio rector⁸⁸, y se ha incluido en distintos preceptos del Código civil [arts. 1346 que limita el derecho de reembolso a las reglas 4.^a y 8.^a, 1347.4.º, 1352.2, 1358, 1359, 1360 (por remisión), 1362.1.º, 1364, 1373.2 (con forma de anticipo), 1397.3.º 1398.3.º], no se haya previsto el derecho de reembolso en el artículo 1444.2 CC. Precepto que establece la aportación en capitulaciones matrimoniales a la «nueva» sociedad de gananciales, tras la reconciliación de los cónyuges, de los bienes anteriormente comunes y luego privativos como consecuencia de la liquidación de la anterior sociedad de gananciales.

Esto sucede en el derecho civil navarro que concede expresamente el derecho de reembolso –ya sea durante la vigencia de la sociedad conyugal o al tiempo de su liquidación– en los casos de atribución expresa del carácter de conquistas (ley 88.3 FN), pero no lo reconoce en el caso de aportación de bien privativo a dicho régimen de conquistas (ley 88.1 FN). En efecto, el Fuero Nuevo excluye el derecho de reembolso a favor del cónyuge que aportó un bien privativo a la masa ganancial al limitar el derecho de reembolso a las reglas 3 y 7 de la ley 88 FN. Luego parece que conforme al derecho civil navarro el cónyuge que ha aportado un bien privativo a la masa de conquistas (ganancial) no tendrá derecho a ningún reembolso⁸⁹. En cambio, el derecho aragonés prevé legalmente en el párrafo 2 del artículo 215 del Código del Derecho Foral de Aragón un derecho de reembolso o reintegros por los trasvases de bienes de patrimonio privativo al consorcial y viceversa, «[S]alvo disposición en contrario, los pactos regulados en este precepto darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común».

Como un acto propio de las relaciones *ad intra* entre los cónyuges, las aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales pueden formalizarse mediante capitulaciones matrimoniales, que se hacen «a fondo perdido», vehículo que impide y obstaculiza cualquier derecho de reembolso. Por lo que no es entendible que «otras» aportaciones realizadas sin la forma de capitulaciones matrimoniales puedan ser reembolsables a la liquidación de la sociedad de gananciales, dado que «el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación» (RDGRN 22 de junio de 2006).

⁸⁸ Así se había dispuesto en la exposición de motivos del Proyecto de la que sería Ley 11/1981 de 13 mayo: «la contemplación de todas las obligaciones de reembolso entre patrimonios como deudas de valor, es decir, prescindiendo del nominal de la deuda y restituyéndose un valor idéntico al que recibió el cónyuge o se confundió con los bienes comunes» (BOCG, I Legislatura, Serie A, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-1, p. 314).

⁸⁹ Admite el derecho de reembolso para el derecho de Aragón, PARRA LUCÁN, 2011, p. 881.

Igualmente, las aportaciones que realizan los cónyuges a los regímenes de comunidad (universal, foral, etc.) tampoco son reembolsables a la liquidación de tales regímenes⁹⁰.

Por todo ello, y pese a la opinión mayoritaria de la doctrina científica⁹¹, del Tribunal Supremo y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, a nuestro modo de ver, el no reconocimiento de un derecho de reembolso se justifica mejor con la finalidad de cumplir la obligación de sostenimiento de las cargas del matrimonio⁹², salvo, claro está que las partes pacten su existencia, dado que su contenido patrimonial le hace susceptible de disposición por los cónyuges⁹³.

Dicho lo cual, a la liquidación de la sociedad de gananciales, si bien el cónyuge aportante no se beneficia del derecho de reembol-

⁹⁰ Conforme al artículo 129 DCV en el régimen de comunicación foral de bienes se harán comunes todos los bienes aportados por los cónyuges sin que nazca un derecho de reembolso al tiempo de la liquidación. Sobre un tratamiento completo de los bienes aportados en el régimen foral de comunicación, cfr. MARTÍN OSANTE, 2017, pp. 991-1090.

Igualmente, en el caso del régimen de *agermanament* o pacto de mitad por mitad del Derecho civil catalán serán comunes todos los bienes que tengan los cónyuges al casarse (aportación), debiendo al momento de la liquidación del régimen repartirse todos los bienes comunes por mitades (art. 232-28 CCCat). NAVAS NAVARRO defiende que no cabe solicitar el reintegro o reembolso (NAVAS NAVARRO, 2011, p. 289).

⁹¹ La doctrina científica es favorable a la existencia de un derecho de reembolso. Cfr. entre otros, Díez Soto, 2004, p. 327; Lobato García-Miján, 1995, p. 39; Martín Meléndez, 1995, p. 387. En contra, Pereña Vicente en coherencia con su idea de que el negocio de aportación tiene una causa gratuita, rechaza el reembolso vinculado a la causa (Pereña Vicente, 2004, pp. 315-317).

⁹² No cabe alegar la «desprotección» de acreedores y legitimarios del cónyuge aportante, para procurar el reconocimiento de un reembolso, pues acreedores y legitimarios disponen de otros medios específicos para la protección de sus derechos. Como reconoce la RDGRN 7 de octubre de 1992: «Es doctrina reiterada de este Centro directivo que la regla de libertad de contratación entre cónyuges, que el citado precepto recoge, permite la transferencia de bienes concretos entre las distintas masas de que son titulares, sin que ello suponga alteración del régimen económico conyugal ni de los criterios que estructuran el régimen de cada una de las masas patrimoniales en cuanto centros autónomos de imputación de derechos y obligaciones. Ante estos actos traslativos los acreedores de las distintas masas tienen, en caso de fraude, los remedios consiguientes». Frente a terceros estos actos pueden calificarse de fraudulentos, calificación que no se comparte entre los cónyuges, los acreedores ostentarían las acciones oportunas derivadas de la inoponibilidad de la aportación (al igual que unas capitulaciones matrimoniales o una confesión del privatividad del art. 1324 CC en su perjuicio), y los legitimarios la solicitud de inclusión del valor del bien para el cómputo de la legítima.

En opinión de Gaspar Lera, que fundamenta también en la RDGRN 7 de octubre de 1992: «A partir de este pronunciamiento queda claro, también, que el eventual ánimo de fraude que pudiera verse detrás de los acuerdos de ampliación o restricción del patrimonio común no es argumento suficiente para rechazarlos, pues esas situaciones encuentran remedio en los cauces tradicionales regulados al efecto» (Gaspar Lera, 2016, pp. 259). En este mismo sentido, cfr. Pereña Vicente, 2004, p. 317; y Represa Polo, 2019, p. 58.

⁹³ El nacimiento del derecho de reembolso ha sido aceptado por la SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) 9 de julio de 2018 por una aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales celebrada en capitulaciones matrimoniales, con base en el «pacto o acuerdo recogido en el mismo acto del otorgamiento de la escritura de capitulaciones, por el que convienen los esposos el reintegro a favor de ellos del valor de lo aportado al tiempo de la liquidación de la comunidad ganancial».

so, se podría arbitrar una preferencia en la adjudicación del bien aportado incluyéndose –y computándose– en su haber (*ex art. 1406 CC*⁹⁴), en parecidos términos a como dispone el derecho civil catalán (art. 232-38.3 CCCat⁹⁵).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio Javier: \CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Las notas marginales y las menciones registrales», *Tratado de Derecho inmobiliario registral*, tomo II, Sebastián Del Rey Barba y Manuel Espejo Lerdo de Tejada (dirs), Juan Pablo Murga Fernández (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 2239-2301.
- ARSUAGA CORTÁZAR, José: «Comentario al artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marín Castán (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 2524-2543.
- ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro: «Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 578, 1987, pp. 27-45.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.
- «La anotación de embargo sobre bienes gananciales Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2000, pp. 777-856.
- «Inscripción bienes gananciales y privativos en el Registro de la Propiedad: análisis de la jurisprudencia de la DGRN», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2010, pp. 227-253.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Análisis del artículo 541 de la LEC ejecución sobre bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2004, pp. 83-152.

⁹⁴ La Ley 11/1981, de 13 de mayo introdujo en los arts. 1406 y 1407 CC dentro de las reglas de división o partición de la sociedad de gananciales, unas reglas especiales de las que no existía con anterioridad antecedente alguno y que configuran, en favor de ambos cónyuges, una serie de derechos de atribución preferente respecto de ciertos bienes comunes para que se incluyan en su haber y hasta donde éste alcance. Sobre el citado art. 1406, *vid.* GUILLÉN CATALÁN, 2011, pp. 1155-1158; MARTÍN MELÉNDEZ, 2019, pp. 1059-1132; REBOLLEDO VARELA, 2013, pp. 9937-9948; GARCÍA VICENTE, 2013, pp. 9937-9948.

⁹⁵ En caso del régimen convencional de comunidad de las ganancias, el artículo 232-38.3 CCCat dispone que a la división del régimen «cada cónyuge puede recuperar los bienes que eran de su propiedad antes del inicio del régimen de comunidad y que subsisten en el momento de la extinción, según el estado inicial...», previéndose en caso de que el valor de los bienes sea superior a la cuota («a partes iguales» o 50 %) del cónyuge aportante, el pago en dinero de la diferencia, en una regla similar a la recogida en el artículo 1407 CC.

El término «recuperar» ha dado lugar a dos grandes líneas interpretativas: que esos bienes aportados se computan en el haber del cónyuge aportante a la liquidación (cfr. CORTADA CORTIJO, 2010, p. 518 y CAMPOVILLEGAS, 2014, p. 181); y que los bienes aportados no se incluyen en el cómputo total de los bienes comunes para obtener cuota de cada cónyuge, de modo que al cónyuge aportante se le adjudicarían los bienes aportados y la mitad de otros bienes comunes (cfr. GINEBRA MOLINS, 2011, p. 31; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, 2019, p. 478).

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 2020, pp. 3045-3099.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales: Alcance, modalidades y excepciones», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1983, pp. 43-142.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código Civil», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. V, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 83-154.
- CAMPO VILLEGAS, Elías: *Los regímenes económico-matrimoniales de comunidad en Cataluña*, Valencia, 2014.
- CARPIO GONZÁLEZ, Ignacio: «Aportación a la sociedad de gananciales (conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales)», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1991, pp. 1177-1233.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El Fuero del Baylío: Su pervivencia y contenido en parte de Extremadura», RCDI, núm. 679, 2003, pp. 2655-2698.
- CHICO Y ORTIZ, José María: «Comentario a la resolución de 10 de marzo de 1989», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 221-235.
- «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 614, 1993, pp. 219-236.
- CORTADA CORTIJO, Neus: «El régimen de comunidad de bienes», Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 503-518.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Deudas privativas de los cónyuges y sociedad de gananciales», *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, 2008, pp. 415-442.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, núm. 2, 1986, pp. 339-536.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: «Comentario al artículo 1358 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, tomo XVIII, vol. II, Edersa, Madrid, 1984.
- DE PERALTA Y CARRASCO, Manuel: «La liquidación en la comunidad universal de bienes del fuero del Baylío», AFDUE, núm. 29, 2011, pp. 267-284.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- DURÁN RIVACOBBA, Ramón: «El acto atributivo de ganancialidad», *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2021, pp. 17-41.
- FERNÁNDEZ CANALES, Carmen: *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Reus, Madrid, 2013, p. 168.
- FRADEJAS RUEDA, Olga María: «Una sociedad olvidada: la sociedad de gananciales», *Derecho de sociedades: libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2002, pp. 215-232.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *La finca registral y el catastro*, Civitas, Pamplona, 2016.
- «Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y de 12 de junio de 2020 (1.^a y 4.^a): el pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2021, BIB 2021\2873, pp. 1-16.

- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, tomo VIII, Thomson-Reuters, Valencia, 2013, pp. 9937-9948.
- GASPAR LERA, Silvia: «Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, pp. 255-284.
- «Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el régimen matrimonial legal de consorciales», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2018, pp. 55-87.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Cargas y obligaciones del matrimonio», *Revista de Derecho Privado*, núm. 66, 1982, pp. 542-555.
- «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1988, pp. 233-364.
- GINEBRA MOLINS, María Esperanza: «Los regímenes económico-matrimoniales en el Derecho Civil de Cataluña», *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 293-322.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La inmatriculación en virtud del título público tras la reforma de la Ley 13/2015: análisis crítico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, 2017, pp. 976-989.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «La naturaleza de la actual sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 875-928.
- «Comentario al artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Lorca Navarrete (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2556-2597.
- «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 al 811)», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, IV, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 4364-4436.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», *Código Civil comentado*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1155-1158.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002.
- «Breves reflexiones sobre el negocio de aportación de un bien a la sociedad de gananciales», *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 947-966.
- HERNÁNDEZ RUEDA, Nuria: «Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* (coord. por Ramón Herrera Campos), vol. 2, 2000, pp. 809-832.
- HUALDE MANSO, María Teresa: «La familia en el derecho Civil de Navarra», *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 559-757.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. I, 1950, pp. 7-59.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: «La aportación de un bien a la sociedad conyugal», *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 29-71.
- LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen: «Títulos inmatriculadores y descripción de fincas», *Revista de Derecho Privado*, núm. 25, 2010, pp. 319-323.

- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *Academia Sevillana del Notariado*, 1989, pp. 305-331.
- MALDONADO RAMOS, Ignacio: «Las donaciones entre cónyuges y la naturaleza de la sociedad de gananciales», *El notario del siglo XXI*, núm. 91-92, 2020, pp. 90-95.
- MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La atribución voluntaria de ganancialidad y la libertad de pactos entre los cónyuges: Comentario a la Sentencia del TS de 12 de febrero de 2020», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 54, 2021, pp. 227-236.
- MARÍN VELARDE, Asunción: «La plasmación procesal de la regulación del Código Civil sobre la ejecución de los bienes gananciales», *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 7, 2011, pp. 69-94.
- MARIÑO PARDO, Francisco Manuel: «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho de Familia*, 2016, pp. 81-107.
- «Bienes gananciales y privativos. Las aportaciones a la sociedad de gananciales», blog jurídico www.iurisprudente.com, publicado el 19 de febrero de 2016.
- «El artículo 1355 del Código Civil: la atribución de ganancialidad por mutuo acuerdo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019», www.iurisprudente.com, publicado el 18 de junio de 2019.
- MARTÍ PAYÁ, Vanesa: «Cuestiones procesales acerca de la disolución y de la liquidación de la comunidad de bienes gananciales en el proceso de ejecución», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2018, pp. 330-345.
- MARTÍN HUERTAS, María Ascensión: «Inscripción de bienes gananciales en el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2000, pp. 513-620.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1995.
- *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2, del Código civil*, Civitas, Pamplona, 2002.
- «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta de lege ferenda», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 2019, pp. 1059-1132.
- MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «La comunicación foral de bienes como régimen económico del matrimonio en el Derecho civil de Vizcaya y parte de Álava», *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), Thomson Reuters, Pamplona, 2017, pp. 991-1089.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La inmatriculación por doble título», *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018, pp. 257-283.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 1995.
- MONJE BALMASEDA, Óscar: «El régimen económico matrimonial en la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco: La comunicación foral de bienes», *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Bilbao, 2016, pp. 455-484.
- MUÑOZ NAVARRO, Antonio J.: «La inmatriculación II: otros medios de inmatriculación. La inmatriculación y el Catastro», *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Sebastián Del Rey Barba y Manuel Espejo Lerdo de Tejada (dirs.), Juan Pablo Murga Fernández (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1695-1744.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Regímenes económico matrimoniales locales en el Derecho Civil de Cataluña», *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 281-293.

- NAVARRO VIÑUALES, José María: «Comentario a la RDGRN de 21 de diciembre de 1998», *La Notaría*, 1999, pp. 444-447.
- NIETO ALONSO, Antonia: «La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2021, pp. 39-91.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Comentario al artículo 205 de la Ley Hipotecaria», *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (3.º ed.), Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 1847-1867.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La familia en el derecho Civil de Aragón», *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 759-989.
- PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos: «La causa, su constancia expresa o no en los negocios jurídicos de atribución de ganancialidad o privatividad respecto de los bienes en los patrimonios conyugales y otras consideraciones», *Revista lunes 4.30. Informativa de Derecho privado y registral*, núm. 132, 1993, pp. 27-44.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «El negocio de aportación a la sociedad de gananciales en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, núm. 1951, 2003, pp. 3371-3378.
- *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales: transmisión de su titularidad y gestión entre cónyuges*, Dykinson, Madrid, 2004.
- «El negocio de atribución a la sociedad de gananciales», *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2008, pp. 689-704.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, José María: «Sociedad de gananciales: suelo privativo y edificio ganancial (una fórmula sencilla)», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1983, pp. 552-556.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo*, Lexfamily, Córdoba, 2019.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Consideraciones en torno al llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 640, 1997, pp. 799-888.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «La sociedad de gananciales», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 625-712.
- «La comunidad universal en el Fuero de Baylío», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1091-
- «Confesión de ganancialidad en la adquisición de bienes, aportación de bienes a la sociedad de gananciales y atribución convencional de ganancialidad», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1485-1508.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Comentario a los artículos 1344 a 1410 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, tomo XII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9497-9970.

- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Límites a la autonomía de la voluntad para el acceso al registro de los pactos sobre transmisiones patrimoniales incorporados en el convenio regulador», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2017, pp. 31-56.
- REPRESA POLO, María Patricia: *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Reus, Madrid, 2019.
- RIBERA BLANES, María Begoña: «Del régimen de separación de bienes», en *El régimen económico del matrimonio*, (Rams Albesa y Moreno Martínez, coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 815-921.s
- ROCA SASTRE, Ramón María: «Naturaleza jurídica de la aportación», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946, pp. 413-457.
— *Derecho hipotecario*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 6, 2001, pp. 113-157.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: «Comentario al artículo 1373 del Código Civil», *Código Civil comentado*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1028-1031.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «La sociedad de gananciales y su proyección fiscal», *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021, pp. 43-71.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: \GAGO SIMARRO, Clara: «Ganancialidad y adquisición de bienes con dinero privativo», *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021, pp. 37-108.
- TRUJILLO CALZADO, María Isabel: *La constitución convencional de comunidades. El contrato de comunicación de bienes*, Bosch, Barcelona, 1994.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan de Berchmans: «En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 1021-1054.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «El imposible proceso liquidatorio del artículo 1373 CC», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 19, 2016, p. 11
— *Conflictos en torno a los regímenes económico-matrimoniales*, Bosch, Madrid, 2019.
- ZEJALBO MARTÍN, Joaquín: «Tributación de las aportaciones y las adjudicaciones en la liquidación de la sociedad ganancial», *Notarios y Registradores*, www.notariosyregistradores.com, publicado el 30 de junio de 2016.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Tribunal Supremo (Sala Primera)

Sentencia de 16 de febrero de 1981 (RJ 1981, 528) Pte. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

Sentencia de 16 de marzo de 1981 (RJ 1981, 915) Pte. D. José María Gómez de la Bárcena y López.

Sentencia de 3 de diciembre de 1981 (RJ 1981, 5042) Pte. D. Jaime De Castro García.

Sentencia de 13 de diciembre de 1982 (RJ 1982, 7476) Pte. D. Carlos de la Vega Benayas.

Sentencia de 16 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2825) Pte. D. Jaime De Castro García.

Sentencia de 9 de julio de 1984 (RJ 1984, 3803) Pte. D. Carlos de la Vega Benayas.

Sentencia de 22 de septiembre de 1984 (RJ 1984, 4302) Pte. D. Jaime De Castro García.

Sentencia de 30 de enero de 1986 (RJ 1986, 338) Pte. D. Jaime Santos Briz.

Sentencia de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986, 681) Pte. D. Rafael Pérez Gimeno.

Sentencia de 17 de febrero de 1986 (RJ 1986, 684) Pte. D. Jaime De Castro García.

Sentencia de 10 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6046) Pte. D. Antonio Sánchez Jáuregui.

Sentencia de 4 de julio de 1988 (RJ 1988, 5555) Pte. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Sentencia de 23 de enero de 1989 (RJ 1989, 115) Pte. D. Pedro González Poveda.

Sentencia de 27 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6965) Pte. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Sentencia de 2 de abril de 1990 (RJ 1990, 2687) Pte. D. Gumer-sindo Burgos Pérez de Andrade.

Sentencia de 5 de junio de 1990 (RJ 1990, 4733) Pte. D. Jaime Santos Briz.

Sentencia de 9 de julio de 1990 (RJ 1990, 5788) Pte. D. Francisco Morales Morales.

Sentencia de 12 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1196) Pte. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Sentencia de 18 de julio de 1991 (RJ 1991, 5399) Pte. D. Antonio Fernández Rodríguez.

Sentencia de 19 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1320) Pte. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Sentencia de 7 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9098) Pte. D. Pedro González Poveda.

Sentencia de 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6657) Pte. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Sentencia de 29 de abril de 1994 (RJ 1994, 2946) Pte. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Sentencia de 26 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3746) Pte. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

Sentencia de 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7482) Pte. D. Jaime Santos Briz.

Sentencia de 17 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1105) Pte. D. Rafael Casares Córdoba.

Sentencia de 11 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8118) Pte. D. Pedro González Poveda.

Sentencia de 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8602) Pte. D. Teófilo Ortega Torres.

Sentencia de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1939) Pte. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Sentencia de 17 de julio de 1997 (RJ 1997, 6018) Pte. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Sentencia de 12 de enero de 1998 (RJ 1999, 5) Pte. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Sentencia de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7547) Pte. D. Pedro González Poveda.

Sentencia de 12 de enero de 1999 (RJ 1999, 35) Pte. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Sentencia de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10136) Pte. D. Pedro González Poveda.

Sentencia de 26 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2050) Pte. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Sentencia de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10017) Pte. D. Pedro González Poveda.

Sentencia de 14 de enero de 2003 (RJ 2003, 1) Pte. D. José Almagro Nosete.

Sentencia de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6868) Pte. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Sentencia de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 900) Pte. D. Román García Varela.

Sentencia de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5073) Pte. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Sentencia de 1 de junio de 2006 (RJ 2006, 3060) Pte. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Sentencia de 27 de abril de 2007 (RJ 2007, 2398) Pte. Dña. Encarnación Roca Trías.

Sentencia de 25 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2482) Pte. Dña. Encarnación Roca Trías.

Sentencia (Pleno) de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5589) Pte. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Sentencia de 2 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4714) Pte. D. Antonio Salas Carceller.

Sentencia (Pleno) de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 185) Pte. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2612) Pte. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia de 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 4948) Pte. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Sentencia de 3 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5441) Pte. D. Antonio Salas Carceller.

Sentencia de 1 de febrero de 2016 (RJ 2016, 498) Pte. D. Ignacio Sancho Gargallo.

Sentencia de 8 de febrero de 2016 (RJ 2016, 522) Pte. D. Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia de 17 de enero de 2018 (RJ 2018, 36) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia (Pleno) de 27 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2143) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 11 de julio de 2019 (RJ 2019, 2797) Pte. D. Antonio Salas Carceller.

Sentencia de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5212) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia (Pleno) de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 123) Pte. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

Sentencia de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 80) Pte. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Sentencia de 6 de febrero de 2020 (RJ 2020, 326) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 374) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 1 de junio de 2020 (RJ 2020, 1342) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 3 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4213) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 11 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4250) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 27 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4817) Pte. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

Sentencia de 10 de enero de 2022 (RJ 2022, 17) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 31 de enero de 2022 (RJ 2022, 627) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022, 669) Pte. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.

Sentencia de 24 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1187) Pte. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

Tribunal Supremo (Sala Segunda)

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de octubre de 2005 (JUR 2005, 240684).

Sentencia de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7528) Pte. D. Andrés Martínez Arrieta.

Sentencia de 4 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 772) Pte. D. Luis Román Puerta Luis.

Sentencia de 15 de junio de 2009 (RJ 2009, 6644) Pte. D. Luis Román Puerta Luis.

Sentencia de 8 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2357) Pte. D. José Antonio Martín Pallín.

Sentencia de 14 de febrero de 2013 (RJ 2013, 1859) Pte. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

Sentencia de 12 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2044) Pte. D. José Ramón Soriano Soriano.

Sentencia de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1106) Pte. D. Andrés Palomo del Arco.

Auto de 11 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1495) Pte. Dña. Ana María Ferrer García.

Sentencia de 15 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4188) Pte. D. Andrés Palomo del Arco.

Sentencia de 27 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4995) Pte. D. Javier Hernández García.

Sentencia de 17 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5079) Pte. Dña. Carmen Lamela Díaz.

Tribunal Supremo (Sala Tercera)

Sentencia de 31 de enero de 2001 (RJ 2000, 1083) Pte. D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Sentencia de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8930) Pte. D. Jaime Rouanet Moscardó.

Sentencia de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1313) Pte. D. Manuel Vicente Garzón Herrero.

Sentencia de 30 de abril de 2010 (RJ 2010, 3478) Pte. D. Emilio Frías Ponce.

Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5728) Pte. D. Manuel Vicente Garzón Herrero.

Sentencia de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1173) Pte. D. José Antonio Montero Fernández.

Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Jurisdicción)

Sentencia de 2 de abril de 1990 (RJ 1990, 7400).

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia de Navarra de 10 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4467) Pte. D. D Alfonso Otero Pedrouzo.

Sentencia de Navarra de 30 de junio de 2003 (RJ 2003, 5405) Pte. D. Miguel Angel Abárzuza Gil.

Sentencia de Madrid de 10 de marzo de 2006 (JUR 2007, 168984) Pte. Dña. Fátima Blanca de la Cruz Mera.

Sentencia de Navarra de 17 de abril de 2012 (RJ 2012, 11224) Pte. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui.

Sentencia de Andalucía de 10 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 81843) Pte. D. Ángel Salas Gallego.

Sentencia de Extremadura de 5 de noviembre de 2015 (AC 2015, 1762) Pte. D. Julio Márquez de Prado y Pérez.

Sentencia del País Vasco de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 58287) Pte. D. Juan Alberto Fernández Fernández.

Sentencia de Aragón de 13 de febrero de 2019 (RJ 2020, 1921) Pte. Dña. Carmen Samanes Ara.

Audiencias Provinciales

Auto de Alicante de 3 de marzo de 1992 (AC 1992, 448) Pte. D. Ramón Sancho Candela.

Sentencia de Madrid (Sección 9.^a) de 17 de mayo de 2010 (JUR 2010, 239167) Pte. D. Juan Luis Gordillo Alvarez Valdés.

Sentencia de Madrid (Sección 22.^a) de 28 de marzo de 2012 (JUR 2015, 179556) Pte. D. José Ángel Chamorro Valdés.

Sentencia de Cádiz (Sección 5.^a) de 26 de marzo de 2013 (JUR 2013, 228669) Pte. Dña. Rosa María Fernández Núñez.

Sentencia de La Coruña (Sección 2.^a) de 8 de julio de 2015 (JUR 2015, 264408) Pte. D. Francisco Bellido Soria.

Sentencia de León (Sección 1.^a) de 21 de junio de 2016 (JUR 2016, 184586) Pte. Dña. Ana del Ser López.

Sentencia de La Coruña (Sección 3.^a) de 14 de marzo de 2018 (JUR 2018, 130977) Pte. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García.

Sentencia de Pontevedra (Sección 6.^a) de 9 de julio de 2018 (JUR 2018, 262147) Pte. D. Julio César Picatoste Bobillo.

Sentencia de Sevilla (Sección 2.^a) de 14 de febrero de 2019 (JUR 2019, 148105) Pte. D. Manuel Damián Álvarez García.

Sentencia de Pontevedra (Sección 1.^a) de 22 de mayo de 2019 (JUR 2019, 186972) Pte. D. Jacinto José Pérez Benítez.

Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1088).
Resolución de 6 de junio de 1983 (RJ 1983, 6973).
Resolución de 13 de junio de 1983 (RJ 1983, 6976).
Resolución de 25 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1321).
Resolución de 9 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2528).
Resolución de 10 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2529).
Resolución de 10 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2468).
Resolución de 14 de abril de 1989 (RJ 1989, 3403).
Resolución de 25 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7153).
Resolución de 7 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8302).
Resolución de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8582).
Resolución de 11 de junio de 1993 (RJ 1993, 5418).
Resolución de 10 de enero de 1994 (RJ 1994, 234).
Resolución de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4012).
Resolución de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2049).
Resolución de 20 de abril de 1998 (RJ 1998, 3567).
Resolución de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7227).
Resolución de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10485).
Resolución de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9428).
Resolución de 8 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5831).
Resolución de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 2578).
Resolución de 21 de julio de 2001 (RJ 2002, 2397).
Resolución de 5 de octubre de 2001 (RJ 2002, 4129).
Resolución de 15 de abril de 2002 (RJ 2002, 8097).
Resolución de 17 de abril de 2002 (RJ 2002, 8099).
Resolución de 12 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4917).
Resolución de 12 de junio de 2003 (RJ 2003, 4224).
Resolución de 18 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6334).
Resolución de 17 de febrero de 2004 (RJ 2004, 5496).
Resolución de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004, 5497).
Resolución de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 5485).
Resolución de 26 de julio de 2005 (RJ 2005, 6874).
Resolución de 26 de julio de 2005 (RJ 2005, 6875).
Resolución de 26 de julio de 2005 (RJ 2005, 6876).

Resolución de 27 de julio de 2005 (RJ 2005, 6877).
Resolución de 27 de julio de 2005 (RJ 2005, 6946).
Resolución de 27 de julio de 2005 (RJ 2005, 6945).
Resolución de 28 de julio de 2005 (RJ 2005, 6944).
Resolución de 28 de julio de 2005 (RJ 2005, 6925).
Resolución de 29 de julio de 2005 (RJ 2005, 6878).
Resolución de 29 de julio de 2005 (RJ 2005, 6943).
Resolución de 29 de julio de 2005 (RJ 2005, 7024).
Resolución de 30 de julio de 2005 (RJ 2005, 6879).
Resolución de 30 de julio de 2005 (RJ 2005, 6879).
Resolución de 30 de julio de 2005 (RJ 2005, 6942).
Resolución de 1 de octubre de 2005 (RJ 2005, 9808).
Resolución de 29 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 3892).
Resolución de 22 de junio de 2006 (JUR 2022, 119527).
Resolución de 21 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3241).
Resolución de 6 de junio de 2007 (RJ 2007, 3592).
Resolución de 5 de julio de 2007 (RJ 2007, 5286).
Resolución de 8 de junio de 2009 (RJ 2009, 4307).
Resolución de 16 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1665).
Resolución de 29 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2375).
Resolución de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2500).
Resolución de 19 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5278).
Resolución de 19 de enero de 2011 (RJ 2011, 933).
Resolución de 19 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3972).
Resolución de 26 de julio de 2011 (RJ 2011, 6571).
Resolución de 29 de julio de 2011 (RJ 2012, 2569).
Resolución de 25 de junio de 2012 (RJ 2012, 8825).
Resolución de 25 de julio de 2012 (RJ 2012, 10373).
Resolución de 30 de octubre de 2012 (RJ 2012, 11199).
Resolución de 22 de junio de 2013 (RJ 2013, 5449).
Resolución de 27 de junio de 2013 (RJ 2013, 6122).
Resolución de 31 de enero de 2014 (RJ 2014, 1969).
Resolución de 7 de febrero de 2014 (RJ 2014, 978).
Resolución de 20 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1790).
Resolución de 12 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3255).
Resolución de 29 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3814).
Resolución de 4 de agosto de 2014 (RJ 2014, 4903).
Resolución de 13 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1588).
Resolución de 19 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 6057).
Resolución de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3012).
Resolución de 11 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3020).
Resolución de 23 de junio de 2016 (RJ 2016, 4242).
Resolución de 1 de julio de 2016 (RJ 2016, 4030).

Resolución de 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6426).
Resolución de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017, 538).
Resolución de 16 de febrero de 2017 (RJ 2017, 722).
Resolución de 17 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2515).
Resolución de 1 de junio de 2017 (RJ 2017, 3477).
Resolución de 20 de junio de 2018 (RJ 2018, 3481).
Resolución de 30 de julio de 2018 (RJ 2018, 3887).
Resolución de 5 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4100).
Resolución de 10 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4107).
Resolución de 28 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4315).
Resolución de 22 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1444).
Resolución de 5 de junio de 2019 (RJ 2019, 2519).

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Resolución 8908/2020, de 12 de junio de 2020 (RJ 2020, 3365).
Resolución 8911/2020 de 12 de junio de 2020 (RJ 2020, 3382).
Resolución 8916/2020, de 12 de junio de 2020 (RJ 2020, 3021).
Resolución de 28 de julio de 2020 (RJ 2020, 3426).
Resolución de 15 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3672).
Resolución de 15 de enero de 2021 (RJ 2021, 207).
Resolución de 18 de febrero de 2021 (RJ 2021, 993).
Resolución de 25 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1564).
Resolución de 26 de abril de 2021 (RJ 2021, 3447).
Resolución de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 5527).
Resolución de 9 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4598).
Resolución de 3 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5854).
Resolución de 14 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5826).

Dirección General de Tributos

Resolución de 16 de junio de 1999 (consulta 1025-99) (JUR 2001, 231883).
Resolución núm. 843-2002 de 3 de junio de 2002 (JUR 2002, 248892).
Resolución de 24 de enero de 2003 (consulta 0091-03) (JUR 2003, 59061).
Resolución de 22 de septiembre de 2003 (consulta 1372-03) (JT 2003, 1579).
Resolución de 9 de enero de 2004 (consulta 0016-04) (JUR 2004, 85726).

Resolución de 11 de abril de 2005 (consulta V0604-05) (JUR 2005, 120565).

Resolución de 21 de septiembre de 2007 (consulta V1953-07) (JUR 2007, 334007).

Resolución de 24 de marzo de 2011 (consulta V0768-11) (JUR 2011, 154643).

Resolución de 9 de marzo de 2012 (consulta V0529-12) (JUR 2012, 141835).

Resolución de 23 de octubre de 2013 (consulta V3145-13) (JUR 2014, 3137).

Resolución de 30 de septiembre de 2013 (consulta V3410-16) (JUR 2013, 341863).

Resolución de 26 de enero de 2016 (consulta V0303-16) (JUR 2016, 61861).

Resolución de 19 de julio de 2016 (consulta V3410-16) (JT 2017, 220).

Resolución de 8 de noviembre de 2016 (consulta V4723-16) (JUR 2017, 19008).

Resolución de 3 de abril de 2017 (consulta V0826-17) (JT 2017, 709).

Resolución de 23 de febrero de 2018 (consulta V0513-18) (JUR 2018, 93124).

Resolución de 28 de abril de 2020 (consulta V1103-20) (JUR 2020, 177484).

Resolución de 29 de mayo de 2020 (consulta V1683-20) (JUR 2020, 212398).

Resolución de 15 de julio de 2020 (consulta V2430-20) (JUR 2020, 284619).

Resolución de 30 de septiembre de 2020 (consulta V2935-20) (JT 2020, 895).

La indemnización cuando el arrendatario restituye anticipadamente el inmueble arrendado

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA*
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En un contrato de arrendamiento de inmueble pactado con una duración determinada, es posible que el arrendatario pretenda devolver el bien arrendado y poner fin al contrato de forma anticipada. En ocasiones concretas, la ley reconoce al arrendatario un derecho de desistimiento con determinadas consecuencias. Cuando el arrendatario no dispone de dicho derecho, la restitución anticipada del inmueble constituye un incumplimiento contractual que habilita al arrendador para declarar la resolución del contrato por incumplimiento y reclamar una indemnización de daños y perjuicios. En este caso, interesa determinar qué puede reclamar el arrendador en concepto de lucro cesante por las rentas dejadas de percibir. La indemnización debe reparar el daño que el incumplimiento provoca, pero teniendo en cuenta que, con la resolución, el arrendador recupera la disponibilidad del inmueble.

PALABRAS CLAVE

Arrendamiento. Desistimiento del arrendatario. Resolución del contrato por incumplimiento. Indemnización de daños. Lucro cesante. Negocio de reemplazo. Deber de mitigar el daño. Límite al derecho a exigir el cumplimiento.

* lispaula@uam.es. Este presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular N. 1221864. Mi agradecimiento a los evaluadores anónimos por los comentarios y sugerencias realizados sobre el trabajo. Así mismo, quiero expresar mi gratitud a los profesores Antonio Manuel Morales Moreno, Nieves Fenoy Picón, Máximo Juan Pérez García, Andrea Macía Morillo e Ignacio Tirado Martí por sus comentarios y valiosas aportaciones al trabajo.

Compensation for damages when the lessee returns the immovable property in advance

ABSTRACT

In the case of a fixed-term lease of immovable property, it is possible that the lessee may wish to return the leased property and terminate the lease early. In certain cases, the law recognises the lessee's right of withdrawal with certain consequences. When the lessee does not have this right, the early return of the property constitutes a breach of contract which entitles the lessor to terminate the contract for breach of contract and claim damages. In this case, it is of interest to determine what the lessor can claim for loss of profit for the rent foregone. The compensation must repair the damage caused by the non-performance, but taking into account that, with the termination, the lessor recovers the availability of the property.

KEYWORDS

Lease contract. Lessee's right of withdrawal. Termination for breach of contract. Claim of damages. Loss of profit. Substitute transaction. Reduction of loss. Limits to the right to enforce performance.

SUMARIO: I. Introducción: «Everything will be okay in the end».—II. El derecho de desistimiento del arrendatario en la legislación especial sobre arrendamientos urbanos. 1. El desistimiento del arrendatario de vivienda o local de negocio: el artículo 56 LAU 64. 1.1 La evolución en la determinación de la indemnización en caso de nuevo arrendamiento. 1.2 La indemnización en caso de venta del inmueble. 1.3 La situación actual de la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64. 2. El desistimiento del arrendatario de vivienda: el artículo 11 LAU 94. 2.1 El contenido del artículo 11 LAU 94. 2.2 La posible aplicación analógica del artículo 11 LAU 64. 2.3 La influencia en la jurisprudencia del criterio indemnizatorio previsto en el artículo 11 LAU 94.—III. La restitución anticipada del local de negocio como incumplimiento del arrendatario. 1. La resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. 2. La indemnización por rentas dejadas de percibir como ganancia perdida. 2.1 El artículo 1480 del Proyecto de Código civil de 1851. 2.2 La regulación del Código civil. 2.3 Los criterios para determinar el importe de la indemnización. 2.3.1 Cuando el arrendador celebra un nuevo arrendamiento. 2.3.2 Cuando el propio arrendador explota el inmueble. 2.3.3 Cuando el arrendador vende el inmueble. 2.3.4 Cuando se destruye el inmueble. 2.3.5 Cuando el inmueble no se ha ocupado. 2.3.6 Cuando el inmueble permanece desocupado y todavía queda tiempo de contrato.—IV. Las perspectivas de futuro en la indemnización por rentas dejadas de percibir. 1. La indemnización por rentas dejadas de percibir en las propuestas de Código civil. 2. Los límites al derecho del arrendador a reclamar el pago de la renta y la indemnización de daños y

perjuicios en el DCFR. 3. Reflexiones sobre el alcance de las propuestas.–V. Conclusión: «If it's not okay, it's not the end».–Bibliografía.–Listado de sentencias del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN: «*EVERYTHING WILL BE OKAY IN THE END*»

Conversando con un colega sobre un artículo del Código civil chileno que obliga al arrendatario que devuelve anticipadamente el bien arrendado a abonar las rentas pendientes hasta la fecha de finalización del contrato¹, recordé la existencia en nuestro Ordenamiento de una norma con un alcance similar. Me refiero al artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964² (en adelante, LAU 64), que todavía se aplica a los arrendamientos urbanos de vivienda y local de negocio celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante, LAU 94)³. Según este precepto, si el arrendatario de vivienda o de local de negocio desaloja anticipadamente el bien arrendado, tiene que abonar al arrendador una cantidad de dinero equivalente al importe de las rentas correspondiente al plazo de contrato que reste por cumplir. La doctrina y la jurisprudencia consideran que este precepto reconoce una facultad o un derecho de desistimiento del arrendatario que lleva aparejada una indemnización de daños. Ahora bien, para entender el alcance del artículo 56 LAU 64 no basta con atender a su tenor literal, sino que hay que conocer la jurisprudencia, que, en las últimas décadas, ha pretendido suavizar el rigor de la solución que contempla. Sin duda, esta jurisprudencia ha influido en la forma de afrontar actualmente la cuestión de la indemnización por rentas dejadas de percibir en caso de resolución por incumplimiento cuando el arrendatario no respeta la duración pactada del contrato.

La LAU 94 actualmente vigente carece de un precepto similar al artículo 56 LAU 64. Según la LAU 94, hay que distinguir si estamos en presencia de un arrendamiento de vivienda o para uso distinto de vivienda. En el caso de arrendamiento de vivienda, el artí-

¹ Me refiero al artículo 1955 Código civil chileno, ubicado en el apartado sobre expiración del contrato de arrendamiento de cosas y cuyo tenor literal establece que: «(...) el arrendatario está obligado a pagar la renta de todos los días que falten para el fin del arrendamiento, aunque voluntariamente restituya la cosa antes del último día».

² Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

³ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, BOE, núm. 282, de 25 de noviembre de 1994 (texto consolidado).

culo 11 LAU 94 contempla un derecho de desistimiento a favor del arrendatario. El ejercicio de este derecho por parte del arrendatario, en principio, es gratuito, aunque las partes pueden pactar una indemnización con la limitación legal de su cuantía. Para los arrendamientos de uso distinto de vivienda no hay una previsión similar, de tal forma que la restitución anticipada del inmueble por parte del arrendatario constituye un incumplimiento del plazo establecido como duración del contrato y será necesario acudir al régimen general del Código civil sobre el incumplimiento y los remedios para determinar sus consecuencias (principalmente, arts. 1124 y 1101 y ss. CC).

Este trabajo tiene como objetivo analizar cómo ha tratado y trata el legislador español la cuestión de la restitución anticipada del inmueble en el ámbito exclusivo de los arrendamientos urbanos y, más concretamente, en los arrendamientos de vivienda y de local de negocio⁴. En primer lugar, se estudian los casos en los que el legislador ha reconocido al arrendatario un derecho de desistimiento, sus presupuestos y sus consecuencias. Para ello se acude a la legislación especial sobre arrendamientos urbanos, concretamente, al artículo 56 LAU 64, que abarca los arrendamientos de vivienda y de local de negocio, y a su aplicación por la jurisprudencia hasta nuestros días, por la clara influencia que ha tenido en la jurisprudencia posterior sobre la materia; y al artículo 11 LAU 94, que solo contempla un derecho de desistimiento a favor del arrendatario de vivienda. Seguidamente, para completar el estudio, se analizan los casos de restitución anticipada en el arrendamiento de local de negocio. En estos casos, como ya se ha apuntado, la restitución no se realiza al amparo de un derecho de desistimiento y, por tanto, puede calificarse de incumplimiento del contrato.

El trabajo se centra en determinar en qué consiste la indemnización que el arrendador puede reclamar por las rentas dejadas de percibir si con la restitución del inmueble se ha procedido a la resolución del contrato. Para dar cumplimiento a esta tarea, es necesario analizar también la normativa del Código civil, aplicable con carácter supletorio para todo aquello que no esté previsto por la legislación especial. A continuación, se contrastan las soluciones que ofrece el Código civil con las planteadas en la Propuesta de reforma del Código civil de la Comisión General de Codificación y

⁴ Queda fuera de este estudio la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos) por la especialidad de su objeto y, sobre todo, por la finalidad que persigue el legislador, que pretende lograr una flexibilización del régimen de este tipo de arrendamientos y su revitalización para evitar que las tierras queden sin cultivar y se puedan agrupar para crear unidades de producción mayores (*vid.* Exposición de motivos de la Ley núm. III).

la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil para comprobar en qué medida siguen los avances realizados por vía jurisprudencial doctrinal. Finalmente, se contrastan las soluciones de ambos textos con la regulación sobre arrendamiento de bienes contenida en el Libro IV- B del Borrador de Marco Común de Referencia.

El *iter* propuesto permite entender en qué punto del camino se encuentra nuestro Derecho, además de identificar cuál fue el punto de partida y cómo ha sido la travesía. Solo así se comprende cómo se ha llegado hasta aquí, pues no cabe duda de que los antecedentes han tenido una influencia decisiva en la respuesta que hoy se da a esta cuestión. En la película «El exótico Hotel Marigold», uno de los protagonistas menciona un proverbio indio que dice: «Al final todo saldrá bien. Y si no sale bien, es que no es el final»⁵. El propósito del trabajo es comprobar si en lo que respecta a esta cuestión ya se ha llegado al «final» o todavía queda camino por recorrer.

II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL SOBRE ARRENDAMIENTOS URBANOS

La normativa especial sobre arrendamientos urbanos ha contemplado de forma expresa la posibilidad de que el arrendatario restituya el bien antes de la expiración del plazo de duración del contrato, pero lo ha hecho con un alcance diferente a lo largo de los años. De hecho, en la actualidad conviven regímenes muy distintos que se aplican en función de la fecha de celebración del contrato de arrendamiento y del tipo de arrendamiento de que se trate. Conviene analizar todos ellos para comprender la situación actual de nuestro Ordenamiento y cómo ha sido su evolución.

1. EL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO DE VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO: EL ARTÍCULO 56 LAU 64

Muchos de los preceptos de la LAU 64, que ha sido sustituida por la LAU 94, todavía se aplican a los contratos celebrados antes

⁵ «Everything will be okay in the end. If it's not okay, it's not the end» (*The Best Exotic Marigold Hotel*, J. Madden, 2011).

del 1 de enero de 1995. Eso es lo que sucede con el artículo 56 LAU 64, que establece que:

«Durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario, lo sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta, y si antes de su terminación lo desaloja, deberá notificar su propósito por escrito al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación, por lo menos, e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir.»

Esta norma, que se aplica tanto a los arrendamientos de vivienda como de local de negocio, tiene como punto de partida la obligación del arrendatario de pagar la renta durante el plazo estipulado en el contrato⁶. A pesar de ello, contempla la posibilidad de que dicho arrendatario desaloje el inmueble antes del plazo previsto para la terminación del contrato. El único requisito es que comunique por escrito su propósito al arrendador, con una antelación mínima de treinta días.

Aunque, como señala algún autor, en puridad el artículo 56 LAU 64 solo reconoce la facultad del arrendatario de cesar en el uso del inmueble antes del tiempo pactado⁷, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han calificado esta posibilidad de desalojar anticipadamente el inmueble como una facultad o derecho de desistimiento del arrendatario tanto de vivienda como de local de negocio⁸. Se ha entendido que el arrendatario puede poner fin al contrato con su sola voluntad de desalojar el inmueble, sin necesidad de recabar el consentimiento del arrendador, que debe acatar la decisión del primero, dando por terminado el contrato.

Ahora bien, aunque el arrendador no puede oponerse a la terminación anticipada del contrato, tiene derecho a que la obligación de pago de la renta se sustituya por una «indemnización». Conforme al tenor literal del artículo 56 LAU 64, dicha indemnización consiste en el importe de todas las rentas que queden por vencer según la duración prevista del contrato. Además, no se contempla de forma expresa la posibilidad de que el arrendatario justifique una reducción de dicho importe.

⁶ Queda fuera de este estudio la figura del subarrendatario.

⁷ CARRASCO PERERA, 2013, núm. 3.

⁸ NAVARRO CASTRO, *CCJC*, 1996, p. 806; ORDÁS ALONSO, *CCJC*, 2010, p. 1557; GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Dereito*, 2010, p. 115; PÉREZ GURREA, *RCDI*, 2016, p. 2282 y TORAL LARA (*CCJC*, 2018, p. 296).

En el mismo sentido, la STS de 4 de marzo de 2009 [STS 155/2009, de 4 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana]: «Lo que el artículo 56 LAU 64 establece es la facultad extraordinaria de desistimiento unilateral por parte del arrendatario del contrato de arrendamiento, y en consecuencia la posible resolución unilateral del mismo».

1.1 La evolución en la determinación de la indemnización en caso de nuevo arrendamiento

La jurisprudencia sobre el artículo 56 LAU 64 y la indemnización que contempla es muy numerosa, además, se puede identificar una evolución en su forma de interpretarlo. En un primer momento, existió una importante línea jurisprudencial que hacía una interpretación estricta de este precepto. A esta corriente jurisprudencial se refiere la STS de 2 de octubre de 2008⁹. Según esta línea jurisprudencial, el artículo 56 LAU 64 impone una indemnización *ex lege* que se abstrae del daño efectivamente causado¹⁰. Muy elocuencia en este sentido es la STS de 28 de febrero de 1995¹¹, que afirma:

«Esta indemnización, consecuenta a la decisión del arrendatario de poner fin al contrato para la que no se exige justificación alguna, se valora por el legislador sin que pueda exceder del importe de las rentas que hubiera podido devengarse ni tampoco ser reducida en función de la valoración concreta de los daños ocasionados al arrendador, lo cual constituye evidentemente una especialidad respecto a lo establecido para casos de incumplimiento contractual en el Código civil (...)» (FD 2.º).

En su sentencia, el Tribunal Supremo considera irrelevante que la arrendadora haya celebrado un nuevo contrato de arrendamiento: ese acontecimiento «no se contempla en la ley que, contrariamente objetiva el importe de la indemnización abstrayéndolo, como se ha dicho, de cuál sea el de los perjuicios realmente causados, y es que la decisión unilateral de la arrendataria conlleva *ex lege* la consecuencia prevista en el artículo 56». Rechaza la alegación de enriquecimiento injusto, por ser incompatible con el ejercicio legítimo de un derecho por su titular, y la de existencia de abuso de derecho por parte de la arrendadora o de mala fe en

⁹ STS 909/2008, de 2 de octubre (Sala 1.ª de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Cuyo FD 4.º enmarca dentro de esta línea las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, 28 de febrero de 1995, 13 de febrero de 1996, 26 de junio de 2002, 20 de junio de 2003, 3 de junio de 2005.

¹⁰ ORDÁS ALONSO (*CC/JC*, 2010, p. 1558) señala que esta indemnización es una contrapartida al derecho de desistimiento del arrendatario y un elemento disuasorio frente a posibles abusos.

Sobre esta línea jurisprudencial, GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Dereito*, 2010, pp. 117 y 118.

¹¹ STS 179/1995, de 28 de febrero (Sala 1.ª de lo Civil); Ponente: D. Teófilo Ortega Torres.

Las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de un local de negocio y dos plazas de garaje por un periodo de cinco años. Cuando resta un poco más de dos años para finalizar el contrato, la arrendataria pretende una terminación consensuada del contrato. Ante la negativa de la arrendadora, le comunica el desalojo y puesta a su disposición de los bienes arrendados. La arrendadora, al amparo del artículo 56 LAU 64, solicita una indemnización por el importe correspondiente a las 51 mensualidades que restaban de contrato. El TS estima íntegramente la demanda.

su actuación, porque considera que su comportamiento ha sido justo y adecuado para obtener la indemnización legalmente procedente (FD 3.º).

Sin embargo, a principios de los años 90, comienzan a surgir voces en el ámbito doctrinal en contra de una aplicación estricta del artículo 56 LAU 64 y a favor de una interpretación abierta de este precepto, en el sentido de entender que establece, a favor del arrendador, una presunción sobre el importe máximo de la indemnización. Esto supone que el arrendatario puede pretender una reducción de la indemnización probando que los daños son menores. Valladares Gascón es la primera en mostrarse partidaria de que la indemnización solo cubra el periodo que media entre la desocupación del inmueble y la celebración de un nuevo contrato, pues defiende que, de no hacerse, se produciría un enriquecimiento injusto para el arrendador¹². Esta autora sostiene que se ha de llegar a la misma solución si la falta de nuevo arrendamiento se debe a que el arrendador conserva para sí el uso de la finca, o si resulta manifiestamente negligente en la búsqueda de un nuevo arrendatario¹³. En un sentido similar, a mediados de los 90, el Tribunal Supremo comienza a moderar los efectos de una aplicación estricta del precepto. Téngase en cuenta, no obstante que, aunque esta moderación se ha mantenido hasta la actualidad, durante mucho tiempo han convivido sentencias con pronunciamientos contradictorios¹⁴.

En primer lugar, el Tribunal Supremo reduce el importe de la indemnización en casos en los que el arrendador celebra un nuevo arrendamiento del inmueble antes de la fecha en la que debería haber concluido el primer arrendamiento. Concretamente, restringe la indemnización a una cantidad equivalente al importe de las

¹² VALLADARES RASCÓN, *CCJC*, 1990, pp. 779 a 782. Según esta autora, la composición de intereses que refleja el artículo 56 es «irreal»: «En un momento (que dura ya décadas) en el que la demanda de pisos y locales supera con mucho la oferta, el arrendador obtiene la renta por partida doble: la procedente del arrendatario que desalojó y la del más que probable nuevo arrendatario. Se produce así un enriquecimiento del arrendador, si no injustificado, sí manifiestamente injusto». Apoya esta interpretación ORDÁS ALONSO (*CCJC*, 2010, p. 1562).

Sobre el artículo 56 LAU 64, afirma MORALES MORENO (2010, pp. 52-53): «Esta norma indemnizatoria del lucro cesante, entendida literalmente, resulta desproporcionada. No aminora el daño conforme al provecho obtenido por el arrendador, tras serle restituido (el inmueble)». En una búsqueda de una razón de ser de este precepto, sostiene que, aunque no es fácil aventurarlo «quizá, por no tener muy claro el legislador cuál es el daño indemnizable, se adopta la solución más simple: equipararlo a las rentas no cobradas. No creo que exista propósito de castigar especialmente al arrendatario».

¹³ VALLADARES RASCÓN, *CCJC*, 1990, pp. 779 a 782. La autora ofrece otra posible vía para llegar a este mismo resultado a través de la facultad de moderación prevista en el artículo 1103 CC.

¹⁴ Así lo ilustra claramente CARRASCO PERERA, *CCJC*, 2005, pp. 610 y 611. GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Dereito*, 2010, pp. 116 y 118.

rentas correspondiente al tiempo en el que la finca estuvo desocupada. Justifica su decisión en la necesidad de evitar el enriquecimiento injustificado del arrendador, que se produciría si cobrara la cantidad equivalente a las rentas no satisfechas en el arrendamiento extinguido y las rentas del nuevo arrendamiento. Así, se pronuncian numerosas sentencias¹⁵ (STS de 15 de junio de 1993 (FD 4.º)¹⁶, 25 de enero de 1996 (FD 2.º)¹⁷ y 23 de mayo de 2001 (FD 5.º)¹⁸.

Es muy ilustrativo el pronunciamiento contenido en la STS de 23 de mayo de 2001, en un caso en el que las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de unas naves industriales por un plazo de cuatro años. La parte arrendadora solicitaba que se condenara a la arrendataria a abonar una indemnización según lo previsto en el artículo 56 LAU 64. Según indica el Tribunal Supremo:

«Últimamente, se ha llegado a la conclusión de que, pese a la formulación imperativa del precepto al que nos referimos (art. 56 LAU 64), se produciría un indudable enriquecimiento injusto para el arrendador si se le reconociera el derecho a la percepción de la totalidad de las rentas correspondientes al período incumplido del contrato anticipadamente resuelto por el arrendatario a pesar de que el local no hubiese llegado a estar efectivamente desocupado durante la totalidad de dicho tiempo, merced a una nueva cesión en arrendamiento del mismo a una tercera persona» (FD 5.º).

Y, en su decisión sobre el caso concreto, afirma:

«Si el fundamento de la norma del artículo 56 de la Ley arrendaticia era evitar a los propietarios los perjuicios dimanantes de la temporal falta de ocupación de sus viviendas o locales debida al incumplimiento por el arrendatario de los compromisos contraídos respecto a la duración del arriendo, si resultare que por cualquier causa tal desocupación y la consiguiente imposibilidad de obtención de frutos civiles no se produce, o si las mismas tienen lugar sólo de modo limitado o parcial, el potencial perjuicio que el legislador trataba de evitar desaparece o bien se reduce en alguna medida, circunstancias que necesariamente han de ser tenidas en cuenta a la hora de fijar la indemnización que el precepto establece» (FD 5.º).

¹⁵ Citadas por ORDÁS ALONSO, *CCJC*, 2010, pp. 1558 y 1559; y ÁLVAREZ LATA, *CCJC*, 2018, p. 269.

¹⁶ STS 598/1993, de 15 de junio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Morales Morales.

¹⁷ STS 21/1996, de 25 de enero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Alfonso Villagómez Rodil.

¹⁸ STS 490/2001, de 23 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Romero Lorenzo.

Insiste en esta cuestión la STS de 30 de octubre de 2007¹⁹, que hace suyos los pronunciamientos previos de la STS de 3 de febrero de 2006²⁰, reiterados en la STS de 7 de junio de 2006²¹, para afirmar que la doctrina más reciente se inclina por admitir la posibilidad de ajustar la indemnización por desalojo anticipado a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta tanto el comportamiento del arrendatario como la situación del arrendador que puede efectuar un nuevo contrato de arrendamiento. En el caso resuelto por la sentencia, las partes celebran un contrato de arrendamiento de un local de negocio por un periodo de 10 años. Transcurrido un mes de contrato, la arrendataria da por finalizado el contrato. La parte arrendadora solicita una indemnización, al amparo del artículo 56 LAU 64, por el importe total de las rentas (que asciende a 25 millones de pts.). La arrendadora presenta recurso de casación contra la sentencia que condena a la arrendataria a abonar 15 millones de pts. en concepto de indemnización. En su recurso, alega infracción del artículo 56 LAU 64, aplicación indebida de la doctrina del abuso de derecho, del principio del enriquecimiento injusto y del artículo 7 CC. Tales motivos son rechazados por el Tribunal Supremo con el siguiente pronunciamiento:

«Es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual. Y en tal línea de pensamiento procede valorar, entre otras varias posibles situaciones, la de que por el arrendador se haya podido explotar el local o concertar un nuevo arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias, lo que convertiría la pretensión indemnizatoria cuantificada en todas las rentas frustradas del primer contrato, —es decir, las correspondientes al período entre el desalojo voluntario y la terminación del contrato—, en notoriamente desproporcionada, y por consiguiente abusiva (arts. 9.º, párrafo segundo, LAU 64, y 7.2 CC) y no conforme a las exigencias de la buena fe con que han de ejercitarse los derechos (arts. 9.º, párrafo primero, LAU 64, 7.1 CC, 11 LOPJ y actualmente también 247 LEC)» (FD 2.º)²².

¹⁹ STS 1141/2007, de 30 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Salas Carceller.

²⁰ STS 72/2006, de 3 de febrero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Jesús Corbal Fernández (FD 3.º).

²¹ STS 582/2006, de 7 de junio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (FD 3.º).

²² Se hace eco de esta Sentencia la Sentencia de 2 de octubre de 2008 [STS 909/2008, de 2 de octubre, Sala Primera, de lo Civil]; Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta]: «el sentido de tener el artículo 56 LAU 64 un sentido imperativo y coactivo que hace improcedente la moderación de la indemnización no se compadece con los más recientes y

En algunos casos resueltos por el Tribunal Supremo se cuestiona el importe de la indemnización que debe abonar el arrendatario que desiste del contrato cuando la renta pactada en el nuevo arrendamiento resulta ser inferior a la que existía en el contrato extinguido. Sobre este asunto, el Tribunal Supremo no ha dado una respuesta única y existen decisiones dispares. Así, la ya citada STS de 23 de mayo de 2001²³, con buen criterio, reconoce el derecho del arrendador a percibir la diferencia entre ambas rentas, pues se ciñe mejor al daño efectivamente producido²⁴:

«Si el fundamento de la norma del artículo 56 de la Ley Arrendaticia era evitar a los propietarios los perjuicios dimanantes de la temporal falta de ocupación de sus viviendas o locales debida al incumplimiento por el arrendatario de los compromisos contraídos respecto a la duración del arriendo, si resultare que por cualquier causa tal desocupación y la consiguiente imposibilidad de obtención de frutos civiles no se produce, o si las mismas tienen lugar solo de modo limitado o parcial, el potencial perjuicio que el legislador trataba de evitar desaparece o bien se reduce en alguna medida, circunstancias que necesariamente han de ser tenidas en cuenta a la hora de fijar la indemnización que el precepto establece» (FD 5.º).

Sin embargo, la STS de 30 de abril de 2007²⁵ considera que el daño indemnizable es el derivado de la falta de ocupación de la finca y no estima indemnizable el hecho de que en el nuevo arrendamiento se perciba una renta menor²⁶:

«Que el ex-arrendatario haya de pagar las diferencias de renta porque el arrendador haya vuelto a arrendar el local en condiciones

ya reiterados pronunciamientos de la Sala, entre los cuales cabe destacar la ya citada Sentencia de 30 de octubre de 2007 –en la que se citan otras–, en la que se razona que, si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo en determinadas ocasiones la imposibilidad de modificar cuantitativamente la indemnización resultante de la estricta y rigurosa aplicación del artículo 56 LAU 64, y muestra de ello son algunas de las sentencias que se citan en el recurso, también lo es que la doctrina más reciente de esta sala se ha inclinado por admitir que la fijación de la indemnización por desistimiento del arrendatario debe hacerse en atención a las circunstancias de cada caso, permitiendo por tanto su moderación. Por lo tanto, la Sentencia recurrida no se opone en este punto a la jurisprudencia de la Sala, sin que exista legal infracción alguna» (FD 5.º).

²³ STS 490/2001, de 23 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Romero Lorenzo.

²⁴ La sentencia recurrida en casación fija la cuantía de la indemnización a percibir atendiendo a la diferencia de precio entre la renta primitiva y la del nuevo arrendamiento.

²⁵ STS 477/2007, de 30 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. El Tribunal Supremo estima el motivo del recurso, que alega infracción del artículo 56 LAU en la sentencia que condena al arrendatario a abonar las rentas correspondientes al tiempo en el que el inmueble permaneció desocupado y la diferencia entre lo que habría cobrado como renta en el contrato extinguido y la pactada en el nuevo arrendamiento.

²⁶ CARRASCO PERERA (2021, 24/27, nota al pie 59) denuncia que, con esta forma de proceder, no se incentiva al arrendador a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento y mitigar el daño.

económicas que le son perjudiciales, es un criterio que carece de base legal en el artículo 56 LAU 64. (...) Se entiende que el artículo 56 LAU 64 presupone la existencia del daño si el local permanece desocupado, no en otro caso, pues existiría un enriquecimiento injusto del arrendador, que cobraría la indemnización por el daño y la renta del nuevo arrendamiento» (FD 4.º).

En segundo lugar, es posible encontrar alguna decisión jurisprudencial, como la STS de 18 de marzo de 2010²⁷, que va más lejos y limita la indemnización que debe abonar el arrendatario en un caso en el que no consta que el arrendador de un local comercial procediera a realizar un nuevo arrendamiento. En su demanda, la parte arrendadora exige una indemnización de daños y perjuicios que incluye la totalidad de las rentas que restan por pagar (131 mensualidades). La compañía demandada se opone y solicita que se fije la indemnización por una cuantía correspondiente a una anualidad de rentas o, en su defecto, una indemnización equivalente al tiempo que el local haya permanecido vacío. Frente a la sentencia de primera instancia, que estima totalmente la demanda, la Audiencia provincial, con una interpretación correctora del artículo 56 LAU 64, declara que la indemnización de daños y perjuicios debe limitarse «a los verdaderos perjuicios sufridos por la arrendadora, que en el caso no son otros que los equivalentes al tiempo que se estima como razonable para volver a alquilar el local, desplegando una actividad normal para ello [...] dado que lo contrario supondría un claro enriquecimiento injusto para la arrendadora». Fija la indemnización en la cantidad equivalente a un mes de renta por anualidad dejada de cumplir, es decir, a diez mensualidades de renta. El Tribunal Supremo justifica la reducción del importe de la indemnización amparándose en la probabilidad que tiene el arrendador de volver a arrendar el local de negocio:

«Así pues, reconocida la validez de la moderación por parte de los órganos judiciales en la determinación de la indemnización en supuestos como el presente en el que se extingue una relación arrendaticia iniciada bajo la vigencia de la LAU 64 por la sola voluntad del arrendatario, deben ser valoradas, como se indicó anteriormente, las expectativas legítimas del arrendador y del arrendatario.

En el presente caso, no cabe duda del notable enriquecimiento con el que, sin causa justificada, se vería favorecida la arrendadora de ser estimada su pretensión íntegramente (indemnización de 131 mensualidades de renta), pese a la más que notable duración de la

²⁷ STS 186/2010, de 18 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Román García Varela.

relación arrendaticia (en torno a 30 años) y pese a las altas probabilidades de encontrar un nuevo inquilino, tal y como considera probado la Audiencia, que asuma el pago de una renta por importe igual o superior a la que hacía frente el ahora recurrido. Por todo ello, esta Sala considera conveniente moderar la indemnización procedente, que debe quedar establecida, en atención al principio de congruencia, en doce mensualidades de renta, a razón de 1.207,08 euros por cada una de ellas, dado que este período de tiempo se considera, ante la naturaleza y ubicación del inmueble, más que suficiente para encontrar un nuevo arrendatario que dé respuesta a las justificadas pretensiones económicas de la arrendadora» (FD 2.º).

Esta sentencia se ha utilizado, de hecho, como ejemplo de aplicación de la regla que impone la carga de mitigar el daño²⁸ (*vid. infra* III.2.3.6).

1.2 La indemnización en caso de venta del inmueble

Por último, es importante mencionar la respuesta que el Tribunal Supremo ha dado cuando el arrendador no celebra un nuevo arrendamiento, sino que vende el inmueble. En esta circunstancia, la STS de 17 de octubre de 1998²⁹ llega a la conclusión de que no procede una reducción de la indemnización con el argumento de que la posible ventaja que los arrendadores hayan obtenido con la venta les vino dada por la conducta incumplidora de la arrendataria, a lo que añade que no resulta aplicable la jurisprudencia que reduce la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64 puesto que se ciñe a los casos en los que el local se ha vuelto a arrendar. En un primer momento, Carrasco Perera afirmó que la doctrina que se deriva de la solución del Tribunal Supremo en esta sentencia no es acertada³⁰. En la actualidad, citando esta misma decisión jurisprudencial, sostiene que el lucro de reventa del inmueble que obtiene el arrendador no puede ser tomado en cuenta para disminuir la indemnización debida por el arrendatario que desaloja la finca, si ese daño se cifra en las rentas dejadas de percibir³¹.

²⁸ Ver al respecto CARRASCO PERERA (2021, 24/27) y RODRÍGUEZ ROSADO (2013, p. 257).

²⁹ STS 957/1998, de 17 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Alfonso Villagómez Rodil (FD 3.º).

³⁰ CARRASCO PERERA (2005, núm. 7).

³¹ CARRASCO PERERA (2021 23/10). *Vid. infra* III.2.3.3.

También en la STS de 15 de julio de 2002³², el Tribunal Supremo rechaza una reducción de la indemnización prevista en el artículo 56 LAU como consecuencia de la venta del inmueble. Según el arrendador, el desistimiento de la arrendataria le impidió hacer frente a la hipoteca que gravaba la nave y tuvo que proceder inmediatamente a su venta (menos de un mes desde la restitución del inmueble). Por último, con un pronunciamiento muy claro, la STS de 15 de diciembre de 2004³³ insiste en no reducir la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64 en el caso de venta del inmueble arrendado:

«La puesta en venta del local tras recuperar su posesión la arrendadora no fue sino una consecuencia lógica de su desalojo por la hoy recurrente, al tiempo que una situación diferente de la celebración de un nuevo y subsiguiente contrato de arrendamiento a la que la jurisprudencia sí ha atendido para evitar una notoria desproporción de la indemnización prevista en el citado artículo 56 LAU 64» (FD 4.º).

1.3 La situación actual de la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64

En definitiva, es posible concluir que, en la actualidad, respecto del artículo 56 LAU 64 –cuya aplicación resulta hoy totalmente marginal–, existe una opinión pacífica sobre la necesidad de paliar los efectos de una interpretación estricta de su tenor, hasta el punto de que la cuantía de la indemnización que contempla se puede moderar cuando, atendidas las circunstancias y ponderando los intereses de ambas partes, resulta procedente. En este sentido se pronuncia, en *obiter dictum*, la STS de 3 de abril de 2018³⁴:

«De suerte que, si ese incumplimiento se termina traduciendo, como es el caso, en que ese bien patrimonial vuelve a la plena disponibilidad del arrendador, y si existe una situación de mercado que haga probable y verosímil que la finca se incorpore otra vez a ese tráfico jurídico generando rentas otra vez a favor del arrendador, se terminaría produciendo un enriquecimiento sin causa a favor del arrendador y en perjuicio del arrendatario. Son estas poderosas razones las que llevaron al Tribunal Supremo a apartarse de la literalidad del artículo 56 LAU 64, en solución que ha sido mantenida hasta la actualidad» (FD 1.º).

³² STS 744/2002, de 15 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Jesús Corbal Fernández.

³³ STS 1187/2004, de 15 de diciembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Marín Castán.

³⁴ STS 179/2018, de 3 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.

Por tanto, está asentada la idea de que la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64 para los casos en los que el arrendatario decide desalojar anticipadamente el inmueble arrendado (vivienda o local de negocio) puede ser objeto de moderación para ajustarse a los daños efectivamente ocasionados cuando el arrendador vuelve a arrendar el bien o, incluso, cuando deberían haber sido menores si hubiera sido diligente en la búsqueda de un nuevo arrendamiento³⁵. Sin embargo, en el caso de venta del bien, el Tribunal Supremo ha sostenido siempre que no procede aminorar la cuantía de la indemnización prevista en el artículo 56 LAU 64.

2. EL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO DE VIVIENDA: EL ARTÍCULO 11 LAU 94

La LAU 94 abandona la distinción tradicional entre arrendamiento de vivienda y arrendamiento de local de negocio para diferenciar entre arrendamiento de vivienda (dedicado a satisfacer la necesidad de vivienda permanente) y arrendamiento para uso distinto al de vivienda (art. 3 LAU 94). Mientras que, en el arrendamiento de vivienda, el legislador concede importantes medidas de protección al arrendatario, en la regulación del arrendamiento para uso distinto al de vivienda y, por tanto, en el arrendamiento de local de negocio, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato (art. 4.3 LAU 94). Por ello, es necesario atender a esta distinción para dar una respuesta adecuada a la cuestión planteada.

2.1 El contenido del artículo 11 LAU 94

La LAU 94, aplicable a los contratos de arrendamiento celebrados a partir del 1 de enero de 1995, contempla expresamente la posibilidad de que arrendatario restituya anticipadamente el inmueble arrendado en el caso de arrendamiento de vivienda. Además, lo hace con unos efectos muy diferentes a los previstos en la legislación de 1964. En concreto, el artículo 11 LAU 94 regula el denominado «desistimiento del contrato»:

«El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treín-

³⁵ VALLADARES RASCÓN, *CCJC*, 1990, pp. 781-782, GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Dereito*, 2010, pp. 119 y 120); ÁLVAREZ LATA, *CCJC*, 2018, p. 269, CARRASCO PERERA, 2013, I. 3, nota al pie núm. 2.

ta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización».

La redacción actual del precepto procede de la reforma efectuada en 2013. En su tenor inicial, el artículo 11 establecía:

«En arrendamientos de duración pactada superior a cinco años, podrá el arrendatario desistir del contrato siempre que el mismo hubiere durado al menos cinco años y dé el correspondiente preaviso al arrendador con una antelación mínima de dos meses.

Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste de cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.»

La reforma del precepto tiene por finalidad ampliar su ámbito de aplicación a todos los contratos de arrendamiento de vivienda, con independencia de su duración, reducir el tiempo de contrato que tiene que haber transcurrido para poder ejercer el derecho de desistimiento y limitar el plazo de preaviso del arrendatario³⁶.

El precepto, en su redacción actual, es claro en sus presupuestos y en sus consecuencias. Contempla un derecho de desistimiento exclusivamente a favor del arrendatario de vivienda que surge una vez que han transcurrido al menos seis meses de contrato. Se trata de un derecho del arrendatario que no requiere justificación en su ejercicio y que se ejercita mediante una comunicación al arrendador que no está sujeta a requisitos de forma. Una vez transcurridos los seis primeros meses de contrato, puede ejercitarse en cualquier momento, pero la denuncia no será eficaz hasta que no hayan trans-

³⁶ La doctrina tiene una visión crítica de la reforma. CARRASCO PERERA (2013, I.2) se muestra, en general, muy crítico, pues considera que «generará relaciones arrendaticias inestables y poco productivas en términos de ventajas mutuas», y afirma que este es el único precepto de la reforma que está diseñado para favorecer al arrendatario. GUILARTE GUTIÉRREZ (2014, A. VI y B.3) sostiene que la generalización del derecho de desistimiento supone una gran mejora en la situación del arrendatario, pero en unos términos que, a su vez, pueden resultar «injustificadamente depresivos» de la situación del arrendador. Señala ÁLVAREZ LATA (CCJC, 2018, p. 270) que la reforma del artículo 11 se ha interpretado como una compensación al arrendatario por la relajación de los requisitos de denegación de la prórroga por necesidad y no tanto como un efecto positivo para la dinamización del mercado del alquiler, aunque reconoce que la medida favorece la movilidad de los inquilinos y, por tanto, la competitividad del mercado.

currido treinta días desde su recepción³⁷. A partir de ese momento, el contrato queda extinguido y ambas partes quedan liberadas.

En cuanto a sus consecuencias, en principio, el desistimiento es libre, pero la ley admite que se pacte en el contrato que el arrendatario «indemnice» al arrendador³⁸. En este caso, la ley ha querido fijar la cuantía de la indemnización estableciendo un límite máximo al importe de la indemnización pactada por las partes. Dicho límite lo fija en una mensualidad de renta por cada año de contrato que reste por cumplir (con el prorrateo proporcional para periodos inferiores al año). Esta indemnización opera con un cálculo abstracto del daño, con independencia del alcance real de los daños provocados al arrendador con la terminación anticipada del contrato (que pueden ser mayores o menores según las circunstancias)³⁹. La norma tiene carácter imperativo, por lo que resulta nulo el pacto que contemple una indemnización cuya cuantía supere el máximo legalmente previsto (art. 6 LAU 94).

2.2 La posible aplicación analógica del artículo 11 LAU 94

Puesto que el artículo 11 LAU 94 solo contempla el desistimiento del arrendatario de vivienda, se ha planteado qué sucede en los arrendamientos de local de negocio, cuando las partes no han pactado un derecho de desistimiento a favor del arrendatario y este pretende restituir el bien y finalizar el contrato de forma anticipada⁴⁰.

La STS de 20 de mayo de 2004⁴¹ plantea de lleno esta cuestión. En el caso resuelto en la sentencia, las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de un local por un periodo de diez años. Cuando apenas han transcurrido los primeros meses, la parte arrendataria da por terminado el contrato. En el momento de fijar la cuantía de la indemnización no se había celebrado un nuevo arrendamiento y restaba tiempo de contrato⁴². La sentencia dictada en

³⁷ Aunque la ley se refiere a un «preaviso», CARRASCO PERERA (2013, V) afirma que estamos en presencia de una «denuncia» del contrato que debe ser emitida con treinta días de antelación al momento en el que haya de ser eficaz.

³⁸ Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ sostiene que la indemnización del artículo 11 LAU 94 opera aunque las partes no la hayan pactado (2014, A. VII).

³⁹ CARRASCO PERERA, 2013, I. 3.

⁴⁰ Sobre el pacto de una indemnización en caso de desistimiento del contrato de local comercial, *vid. infra* III.1.

⁴¹ STS 388/2004, de 20 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Antonio Romero Lorenzo.

⁴² Comentando esta sentencia, CARRASCO PERERA (CCJC, 2005, pp. 606 y 607) considera que son elementos decisivos del juzgador el hecho de que faltan casi diez años de contrato y que, en el momento de juzgar, carece de una visión retrospectiva sobre el curso de los hechos y la conducta del arrendador el tiempo que debió durar el contrato. Normalmente, cuando se dicta la sentencia de instancia ya ha transcurrido el periodo de duración

apelación declara resuelto el arrendamiento por desistimiento unilateral (sin que esta posibilidad se hubiera pactado en el contrato) y condena a la arrendataria a abonar a la arrendadora el importe correspondiente a un mes de renta por cada año que restaba de contrato, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Contra esta sentencia, la arrendadora presenta un recurso de casación en el que alega infracción del artículo 4.1 CC, por considerar que el tribunal de apelación aplica por analogía el artículo 11.2 LAU 94 sin que se cumplan los presupuestos para ello⁴³.

En su sentencia, el Tribunal Supremo rechaza el motivo de casación:

«El Tribunal de apelación, valorando los datos que han sido anotados, entendió que resultaba excesiva la pretensión de las actoras de percibir las rentas correspondientes a 9 años y 6 meses, al no constar probado que concurrieran circunstancias que hicieran previsible una especial dificultad para hallar un arrendatario al que se pudiese solicitar una renta similar a la pactada. En consecuencia, decidió aplicar por analogía la suma máxima prevista en el artículo 11-2.º LAU 94 para los arrendamientos de vivienda, pues de esta forma la indemnización correspondiente a las arrendadoras que ascendía (incluido el I. V. A.) a 1.653.000 pesetas, concedía a las mismas un plazo razonable para encontrar otro arrendatario.

Esta Sala acepta el criterio tenido en cuenta en la sentencia recurrida, por considerarlo correcto, ya que igualmente entiende que el plazo de algo más de 9 meses –independientemente de la actitud inicialmente adoptada por las arrendadoras en cuanto a hacerse cargo de las llaves– debe considerarse suficiente para obtener una nueva ocupación del local o locales de litigio, a cambio de la percepción de una renta de mercado» (FD 2.º).

Aunque se ha mantenido que en este caso lo que se plantea no es la aplicación por analogía del derecho de desistimiento, sino de los criterios indemnizatorios previstos en el artículo 11 LAU 94⁴⁴, lo cierto es que la sentencia de la Audiencia y la dictada por el Tribunal Supremo consideran que el contrato quedó resuelto por desistimiento unilateral del arrendatario, a pesar de que no se había contemplado en el contrato y de que, en su demanda, la arrendadora solicitaba la resolución por incumplimiento de la arrendataria⁴⁵. En cualquier caso, es importante hacer notar que, si bien se acude al criterio de cálculo abstracto del daño previsto en el artículo 11

del contrato, con lo que el juzgador sabe si ha sido o no realquilado, o por qué motivo no lo ha sido, así como la cuantía de la renta pactada en el nuevo contrato.

⁴³ Se refiere a la redacción del artículo 11 LAU 94 antes de la reforma de 2013, cuyo segundo párrafo contemplaba la posibilidad de que las partes pactaran la indemnización.

⁴⁴ CARRASCO PERERA, *AJ*, 2005, p. 3 y GONZÁLEZ MALABÍA y TENT ALONSO, *Derecho*, 2010, pp. 121 y 122, nota al pie núm. 18.

⁴⁵ *Vid.* AH 1.º y 2.º y FD 1.º de la sentencia.

LAU 94, y se ampara en su aplicación analógica al caso, lo cierto es que se insiste en justificar la solución a la que se llega en el hecho de que la indemnización cubre un tiempo suficiente (nueve meses) para obtener una nueva ocupación del local, es decir, se justifica como un cálculo probable del daño⁴⁶.

Así mismo, en el caso resuelto en la STS de 18 de marzo de 2010 (*vid. supra* II.1.1), el tribunal de instancia había moderado la cuantía de la indemnización aplicando analógicamente el criterio indemnizatorio del artículo 11.2 LAU 94 y el Tribunal Supremo lo reconoce:

«La sentencia de la Audiencia ha resuelto moderar la rigidez del artículo 56 LAU 64, y, dado que desde el momento de finalización del contrato la arrendadora no ha llevado a cabo actividad alguna tendente a concertar un nuevo arriendo, ha acudido, a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria, a la aplicación analógica del artículo 11.2 LAU 94, por lo que ha concretado la indemnización en atención a la suma de las mensualidades restantes para alcanzar la siguiente anualidad, en definitiva, a diez meses de renta» (FD 2.º).

El Tribunal Supremo no cuestionó el criterio, aunque modificó la cuantía de la indemnización para que hubiera congruencia con la indemnización que estaba dispuesto a pagar el propio arrendatario y que alcanzaba a doce meses de renta.

Lo cierto es que en el caso de arrendamiento para uso distinto de vivienda no se dan los presupuestos necesarios para una aplicación analógica del artículo 11 LAU 94. Las razones son varias. En primer lugar, porque el artículo 11 LAU 94 está ubicado en las normas relativas al arrendamiento de vivienda; si el legislador hubiese querido que el desistimiento que contempla y las consecuencias indemnizatorias que puede llevar aparejadas operaran también en el resto de los arrendamientos, lo habría ubicado en las normas comunes a todos los arrendamientos urbanos⁴⁷. En segundo lugar, porque, tal y como se ha señalado anteriormente, el artículo 11 LAU 94 fija un límite a la autonomía de la voluntad cuando las partes deciden pactar una indemnización en caso de desistimiento por el arrendata-

⁴⁶ CARRASCO PERERA (*CCJC*, 2005, pp. 606 y 607) afirma que el Tribunal Supremo, aunque sin mencionarlo expresamente, tiene en cuenta que, si se concedieran las rentas por los casi diez años que restan de contrato, «sería altamente probable que el arrendador se enriqueciera de forma no equitativa, dadas las altísimas probabilidades y los convenientes incentivos que existen para que este arrendador vuelva a alquilar el local cuando ya se hubiese embolsado la suma correspondiente al primer arrendamiento».

⁴⁷ CARRASCO PERERA también menciona la posibilidad de que el legislador hubiera hecho una remisión al artículo 11 LAU 94 al regular el resto de los arrendamientos (*CCJC*, 2005, p. 608). Igualmente, ORDÁS ALONSO, *CCJC*, 2010, p. 1560.

rio⁴⁸, su función no es establecer un criterio para calcular el lucro cesante en estos supuestos (que debería tener en cuenta no tanto el tiempo que restaba de contrato, sino el tiempo necesario para celebrar un nuevo arrendamiento). De hecho, este límite no se puede trasladar al contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda cuando las partes pactan una cláusula penal en caso de desistimiento, pues la LAU 94 parte en estos casos de la libertad de pacto⁴⁹. Y, por último, pero muy importante, realmente no hay una laguna que cubrir a través de la analogía, pues, aunque estos casos no están expresamente regulados en la LAU 94, tienen solución acudiendo a las normas del Código civil, que rigen con carácter supletorio (conforme a lo establecido en el artículo 4.3 LAU 94)⁵⁰. Al régimen del Código civil para calcular la indemnización por rentas dejadas de percibir se dedica el apartado III.2 de este trabajo.

Confirmando esta conclusión, la STS de 3 de octubre de 2017⁵¹ se muestra tajante y niega la aplicación analógica del derecho de desistimiento del artículo 11 LAU 94 a un arrendatario comercial. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia y estima el recurso presentado por la parte arrendadora basado en la indebida aplicación analógica del artículo 11 LAU 94. Para ello, argumenta con dos razones. La primera es que no se dan los presupuestos para dicha analogía (art. 4 CC):

«El artículo 11 LAU 94 regula el desistimiento para el arrendamiento de viviendas, pero no se recoge un supuesto similar en el arrendamiento para uso distinto de vivienda, figura que no precisa de tutela específica al estar subordinada a los pactos existentes entre las partes (art. 1255 CC), por lo que no procede una aplicación analógica del precepto al carecer de identidad de razón (art. 4 CC)» (FD 5.º).

La segunda razón que ofrece el Tribunal Supremo para negar la aplicación analógica es que admitir el desistimiento unilateral del arrendatario para uso distinto de vivienda vulneraría lo previsto en el artículo 4.3 LAU 94, que establece que el contrato se regirá por lo acordado por las partes (que no contemplaron una facultad de este tipo a favor del arrendatario):

«El artículo 4.3 LAU 94 determina que las partes regirán sus relaciones de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, por lo que en la sentencia recurrida se infringe dicho precepto en cuanto impone la aplicación del artículo 11 LAU 94 que no está

⁴⁸ *Vid. supra* II.2.

⁴⁹ CARRASCO PERERA, *CCJC*, 2005, p. 608.

⁵⁰ CARRASCO PERERA, *CCJC*, 2005, p. 616 y ORDÁS ALONSO, *CCJC*, 2010, p. 1560.

⁵¹ STS 539/2017, de 3 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

previsto para los arrendamientos para uso distinto de vivienda, desequilibrando el sustrato económico que las partes tuvieron en cuenta para pactar el contrato, alterando las bases del mismo. En la resolución recurrida se permite una renuncia anticipada y unilateral a la duración del contrato, cuando este prevea que el plazo sería obligatorio para ambas partes» (FD 7.º)⁵².

Insiste en ambas cuestiones la STS de 23 de julio de 2018⁵³, consolidando esta interpretación como jurisprudencia (recientemente reiterada en la STS de 5 de julio de 2021⁵⁴). En esta misma dirección, la doctrina se muestra clara a la hora de negar la aplicación analógica del desistimiento del arrendatario de vivienda a los contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda. Existen opiniones en este sentido incluso con anterioridad a la STS de 3 de octubre de 2017⁵⁵.

2.3 La influencia en la jurisprudencia del criterio indemnizatorio previsto en el artículo 11 LAU 94

A pesar de declarar, finalmente, que no resulta procedente una aplicación analógica del derecho de desistimiento del artículo 11 LAU 94 en los supuestos de arrendamiento comercial, el Tribunal Supremo ha aceptado en alguna ocasión que los criterios indemnizatorios que contempla este precepto pueden servir como pauta de carácter orientativo a la hora de fijar la indemnización por rentas dejadas de percibir.

Así sucede en la STS de 9 de abril de 2012⁵⁶, respecto del arrendamiento de un local de negocio en el ámbito de la LAU 94, donde el Tribunal Supremo acude a los criterios previstos en el artículo 11 LAU 94 para calcular la indemnización por lucro cesante. En el caso resuelto por la sentencia, las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de un local para la instalación de un supermercado. El contrato tenía prevista una duración de veinticinco años, si bien se reconocía al arrendatario un derecho de desistimiento del contrato a partir del sexto año. Además, se contemplaba

⁵² Sobre esta sentencia, *vid.* SÁENZ DE JUREBA, *RCDI*, 2018, pp. 540 y 541.

⁵³ STS 481/2018, de 23 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (FD 5.º y 6.º).

⁵⁴ STS 485/2021, de 5 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Luis Seoane Spielberg. (FD 2.º).

⁵⁵ Con anterioridad a la STS de 3 de octubre de 2017 lo defendieron CARRASCO PERERA, (*CCJC*, 2005, p. 608); GUILARTE GUTIÉRREZ (2014, A. VIII) y ORDÁS ALONSO (*CCJC*, 2010, p. 1560). Comentando la sentencia y a favor de su doctrina, TORAL LARA, *CCJC*, 2018, pp. 300 y 302; En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, *CCJC*, 2018, p. 270.

⁵⁶ STS 221/2012, de 9 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Juan Antonio Xiol Rios.

la posibilidad de que la arrendataria no comenzara a abonar las rentas hasta que no obtuviera licencia de explotación (con un máximo de ocho meses de renta). Declarada la resolución del contrato por incumplimiento de la arrendataria, la discusión se centra en el importe de la indemnización correspondiente al lucro cesante por rentas dejadas de percibir, que la arrendadora cifra en el importe de las rentas correspondiente a seis años de contrato⁵⁷. El Tribunal Supremo asume las labores del tribunal de instancia y procede a «ponderar» el importe de las rentas correspondientes a los seis años de duración obligatoria del contrato. Condena al arrendatario a abonar el importe de las rentas correspondientes a los ocho meses en los que el local permaneció sin actividad (y a disposición de la arrendataria)⁵⁸ y completa esta cantidad añadiendo una suma fijada en una proporción equivalente a la renta de un mes por cada año previsible de duración del contrato, fijando definitivamente el importe de la indemnización en la cuantía correspondiente a catorce meses de renta. Según afirma el Tribunal Supremo, esta apreciación se funda en la falta de elementos probatorios más consistentes acerca de las dificultades o la imposibilidad durante un tiempo más dilatado que el ordinariamente previsible en circunstancias normales de concertar un nuevo arrendamiento del local en unas condiciones económicas similares:

«La Sala tiene en este caso en cuenta, como pauta de carácter orientativo, entre otros preceptos de la misma Ley, lo dispuesto en el artículo 11, párrafo segundo, LAU 94 para los arrendamientos de vivienda de duración pactada superior a cinco años, en el cual se fijan los criterios con arreglo a los cuales puede pactarse en favor del arrendador una indemnización en los supuestos de desistimiento por parte del arrendatario. Dando por supuesto que el artículo no es aplicable al caso, debe presumirse que en la fijación de estos criterios el legislador ha tenido en cuenta pautas económicas adecuadas para fijar como promedio el alcance del lucro cesante derivado de la frustración de la percepción de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento prematuramente extinguido» (FD 4.º).

⁵⁷ La sentencia de primera instancia reconoce una indemnización equivalente a ocho meses de contrato (periodo transcurrido desde el inicio del contrato hasta que la arrendataria comunicó a la arrendadora su voluntad de resolverlo), mientras que la sentencia de apelación amplía la cuantía de la indemnización a la renta correspondiente a los seis años de contrato, descontando los ocho meses en los que la arrendataria estaba exenta de pagar la renta.

⁵⁸ Según indica el FD 4.º de la sentencia: «La suspensión en el cobro de rentas respondía sin duda al interés de la parte arrendadora en los beneficios que pensaba obtener mediante la percepción futura de las rentas durante el período del contrato, por lo que dejó de tener sentido económico al producirse, sin justificación, la resolución unilateral por la arrendataria».

Carrasco Perera afirma que esta sentencia es la culminación de una evolución jurisprudencial en la determinación del límite máximo de la indemnización por lucro cesante en el ámbito de la LAU⁵⁹. Sin embargo, la argumentación empleada por el Tribunal Supremo merece alguna crítica cuando afirma que el criterio previsto en el artículo 11 LAU 94 se ha establecido para fijar, como promedio, el alcance del lucro cesante. El criterio previsto en el artículo 11 LAU 94, que fija el límite máximo de la indemnización que pueden pactar las partes en caso de desistimiento del arrendatario de vivienda, no tiene como finalidad cubrir el daño que efectivamente se produce al arrendador (que puede ser de una cuantía superior o inferior a la que se recibe por la aplicación de este criterio), sino que pretende establecer una regla de cálculo abstracto del daño que no puede ser empleada para un fin distinto del previsto. Este criterio, adoptado en una norma claramente protectora del arrendatario, toma como referencia el importe de la renta y el tiempo que restaba de contrato, sin atender a lo verdaderamente importante a la hora de calcular el lucro cesante por rentas dejadas de percibir, que es el tiempo necesario para volver a arrendar el bien (que no depende solo de la duración del contrato, sino también, de las circunstancias de las partes, las características del bien y la situación del mercado). Ante la resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario, y en ausencia de norma que establezca otra cosa, el arrendador tiene derecho a que se le resarza el daño efectivamente sufrido y para su cálculo, no es idóneo como parámetro orientativo el criterio establecido en el artículo 11 LAU 94, porque sus referentes son distintos (*vid. infra* III.2.3.5 y 2.3.6).

III. LA RESTITUCIÓN ANTICIPADA DEL LOCAL DE NEGOCIO COMO INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO

Puesto que la LAU 94 solo contempla el derecho de desistimiento del arrendatario de vivienda y este derecho no resulta aplicable por analogía al arrendamiento comercial, queda determinar cuál es la respuesta de nuestro Ordenamiento en los casos en los que el arrendatario restituye anticipadamente el local de negocio. Para ello, hemos de tener en cuenta, como ya se ha indicado, que, conforme a lo previsto en el artículo 4.3 LAU 94, este tipo de arrendamientos se rige por la voluntad de las partes; en su defecto, por

⁵⁹ CARRASCO PERERA (2013, VI).

lo previsto en el título III de la Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El punto de partida es que el contrato debe cumplirse en los términos convenidos, lo que incluye la obligación de respetar el plazo de duración del arrendamiento. Conforme a lo previsto en el artículo 4.3 LAU 94, es posible –y sucede a menudo en la práctica– que las partes contemplen la facultad del arrendatario de desistir y poner fin al contrato de forma anticipada. Además, pueden acordar que esta extinción anticipada no tenga ningún coste para él o bien, lo que suele ser muy habitual, establecer una cantidad de dinero que debe pagar por ello (cláusula penal)⁶⁰. Sobre las cláusulas penales por desistimiento del arrendatario, existe una nutrida e importante jurisprudencia. Actualmente, el Tribunal Supremo, apartándose de precedentes no muy lejanos, como la STS de 29 de mayo de 2014⁶¹, niega, con carácter general, la posibilidad de moderar una cláusula penal que contemple un incumplimiento parcial (como puede ser que, en el caso de desistimiento del arrendatario, se abone el equivalente al importe de las rentas pactadas hasta que finalice el periodo previsto de contrato, y ello, aunque el inmueble se vuelva a arrendar). La STS de 13 de septiembre de 2016 (del Pleno)⁶² mantiene esta jurisprudencia que blinda la moderación las penas convencionales pactadas para incumplimientos parciales, pero permite una moderación de la pena, a través de la aplicación analógica del artículo 1154 CC. Esta posibilidad solo se contempla cuando la diferencia entre la cuantía que hay que pagar en virtud de la cláusula penal y la cuantía de los daños efectivamente causados por el incumplimiento resulta extraordinariamente elevada como consecuencia de un cambio en las circunstancias que era imprevisible en el momento de contratar⁶³. Es la parte

⁶⁰ La doctrina interpreta que si las partes contemplan en el contrato una indemnización para el supuesto de desistimiento anticipado están aceptando la posibilidad de un desistimiento y pactan sus consecuencias (TORAL LARA, *CCJC*, 2018, p. 296); CARRASCO PERERA 2021, 23/3.

⁶¹ STS 300/2014, de 29 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz. (FD 3.º), que admite la posibilidad de moderar la pena convencional pactada para el desistimiento del arrendatario en el caso de que el importe de la pena se equipare al importe de las rentas previstas hasta el fin del contrato.

⁶² STS 530/2016, de 13 de septiembre (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno); Ponente: D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

⁶³ BLAZQUEZ MARTÍN, *La Ley*, 2022, pp. 7 y 8. *Vid.* STS 853/2021, de 10 de diciembre (Sala Primera, de lo civil); Ponente: Antonio García Martínez, F. D. 3.1 apartado 7.2.

incumplidora la encargada de alegar y probar esta circunstancia⁶⁴. Con todo, las sentencias más recientes sobre la materia han descartado la moderación de la pena en el caso concreto al considerar que no concurrían las circunstancias necesarias para ello. Así sucede en los casos resueltos en las SSTs de 5 de julio de 2021⁶⁵ y de 20 de abril de 2022⁶⁶.

Lo que resta de este trabajo se ciñe al supuesto en el que las partes no han pactado una cláusula penal en caso de finalización anticipada del contrato a iniciativa del arrendatario. Para determinar las consecuencias de esta finalización anticipada es necesario acudir a la normativa común del Código civil puesto que la LAU 94 no contiene ninguna previsión especial.

En primer lugar, no cabe duda de que la inobservancia del plazo de duración del contrato por el arrendatario debe ser calificada como un incumplimiento. Este hecho lleva a plantear qué posibilidades de actuación tiene el arrendador y qué mecanismos de defensa le ofrece el Ordenamiento. Una primera posibilidad sería que el arrendador decidiera aceptar la restitución anticipada del bien y considerar que el contrato se ha extinguido anticipadamente como consecuencia del mutuo disenso. Sin embargo, también puede negarse a aceptar la propuesta y reaccionar con los remedios que le ofrece el Ordenamiento ante el incumplimiento del arrendatario. Para determinar cuáles son estos remedios, es necesario acudir al Código civil, ya que la única previsión que hay en la LAU 94 para los contratos para uso distinto de vivienda se encuentra en el artículo 35, que contiene una remisión parcial al artículo 27 LAU 94 que no contempla el incumplimiento de la duración prevista en el contrato.

Según el artículo 1556 CC, en caso de incumplimiento, el arrendador puede optar entre mantener el contrato y exigir el cum-

⁶⁴ BLAZQUEZ MARTÍN, *La Ley*, 2022, p. 8. *Vid.* STS 193/2021, de 12 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán, sobre cláusula penal en contrato de compraventa, FD 2.º apartado 2.3 y la jurisprudencia que cita y STS 485/2021, de 5 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg (FD 2.º, apartado 3.º).

⁶⁵ STS 485/2021, de 5 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg. (FD 2.º, apartados 3.º y 4.º). La cláusula penal en cuestión contemplaba que en caso de desistimiento del arrendatario tenía que abonar el importe correspondiente a las rentas del periodo que restaba de contrato, según el Tribunal Supremo, no queda acreditado que el importe de la cláusula penal haya resultado extraordinariamente superior al daño efectivamente sufrido.

⁶⁶ STS 317/2022, de 20 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán. (FD 7.º y 8.º). Se trataba de un contrato de subarrendamiento que contenía una cláusula penal espejo de la del contrato principal que contemplaba la obligación del subarrendatario de abonar (entre otros conceptos) el importe total de la renta del periodo pendiente de contrato en caso de abandono anticipado del local. El Tribunal Supremo declaró que no era procedente la moderación de la pena, aun cuando constaba que el contrato principal también se había resuelto y la propietaria había celebrado un nuevo arrendamiento.

plimiento o provocar su resolución, y acompañar cualquiera de estos dos remedios con la indemnización de los daños y perjuicios. En el caso de que opte por la resolución, se aplica el artículo 1124 CC y los artículos 1101 CC y siguientes para la indemnización de daños y perjuicios (*vid.* art. 1568 CC).

Precisamente sobre las distintas situaciones que se pueden plantear se pronuncia la STS de 18 de marzo de 2016⁶⁷, que señala que en la jurisprudencia de la Sala se han presentado tres grupos de casos: 1.º casos en los que el contrato contiene una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de desistir unilateralmente del contrato mediante el pago de una cantidad de dinero; 2.º casos en los que no existe una cláusula de este tipo, el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el contrato, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato; y 3.º casos en los que, sin existir la cláusula mencionada, ante la propuesta del arrendatario, el arrendador opta por que opere la resolución del contrato basándose en el incumplimiento del arrendatario que restituye anticipadamente y la acompaña de la indemnización de los daños y perjuicios⁶⁸. Son varias las sentencias que reiteran este planteamiento⁶⁹. Aunque me ocuparé de algunos aspectos relativos al segundo caso, concretamente a los posibles límites de la pretensión de cumplimiento del arrendador (*vid.* apartado IV), me voy a centrar en el tercero de los casos planteados: cuando, ante la restitución anticipada del inmueble, el arrendador opta por la resolución del contrato.

El remedio resolutorio resultará especialmente útil al arrendador cuando tenga interés en poner fin a la relación con el actual arrendatario y recuperar la disposición del bien arrendado. En el caso de que hubiese rentas pendientes de satisfacer antes de la resolución del contrato, el arrendador podrá reclamarlas, pero una vez resuelto el contrato ya no tendrá derecho a las rentas que se hubieran devengado si el contrato se hubiera mantenido. Respecto

⁶⁷ STS 183/2016, de 18 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. (FD 4.º).

⁶⁸ En el caso en cuestión el Tribunal Supremo resuelve que se trata de un caso del grupo dos, en el que arrendador solicita el cumplimiento del contrato al exigir el pago de las rentas adeudadas (FD 4.º).

⁶⁹ En el mismo sentido, la STS de 3 de octubre de 2017 [STS 539/2017, de 3 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas], que a su vez menciona las SSTS de 18 de marzo de 2016 y de 16 de mayo de 2017 [894/2017, de 16 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas], que, en el caso concreto, afirma: «en base al artículo 1124 CC, el arrendador podía solicitar el cumplimiento del contrato, como ha hecho, exigiendo el pago de las rentas adeudadas y las que quedaban por vencer. Igualmente, podrá instar la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, pero no optó por esa vía» (FD 9.º).

de estas últimas, solo cabe plantearse su abono por la vía de la indemnización de daños y perjuicios que puede acompañar a la resolución.

2. LA INDEMNIZACIÓN POR LAS RENTAS DEJADAS DE PERCIBIR COMO GANANCIA PERDIDA

2.1 El artículo 1480 del Proyecto de Código civil de 1851

Antes de entrar a analizar en qué consiste la indemnización que puede acompañar a la resolución del contrato de arrendamiento por restitución anticipada del bien arrendado, me parece importante e ilustrativo comenzar mostrando cómo afrontó esta cuestión el Proyecto de Código civil de 1851, precedente del Código civil. El motivo es muy sencillo, su solución se aproxima mucho a la que se ha desarrollado en la práctica.

En la regulación del contrato de arrendamiento de bienes, el Proyecto de Código civil de 1851 CC (en adelante, PCC 1851) incorporaba una norma específica para determinar en qué consistía la indemnización de daños y perjuicios cuando tenía lugar la resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario. Según el artículo 1479 PCC 1851, en caso de incumplimiento del arrendatario, cabía la posibilidad de que el arrendador pidiera «la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o solo esto último, dejando subsistente el arriendo». Si optaba por la «rescisión» (resolución), el artículo 1499 PCC 1851 se remitía a lo previsto en el artículo 1042 PCC 1851, que regulaba el remedio resolutorio con carácter general (precedente del actual art. 1124 CC). Sin embargo, para la indemnización de daños y perjuicios que acompaña a la resolución, el PCC 1851 contenía una norma especial en la propia regulación del contrato de arrendamiento. Se trataba del artículo 1480 PCC 1851, que establecía lo siguiente:

«Si se resolviese el contrato por falta del arrendatario, tiene éste obligación de pagar el precio del arrendamiento por todo el tiempo que medie, hasta que se pueda celebrar otro, además de los daños y perjuicios que se hayan irrogado al propietario.»

García Goyena afirmaba que este precepto estaba inspirado en el artículo 1760 CC francés, que tiene una redacción prácticamente idéntica a la del precepto español⁷⁰. Aunque el artículo francés se

⁷⁰ Artículo 1760 CC francés: «*En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus.*»

aplica exclusivamente al arrendamiento de inmuebles urbanos, García Goyena justificaba que la norma española se incluyera en las disposiciones comunes a ambos tipos de inmuebles (rústicos y urbanos) y añadía que incluso era extensible a todos los contratos bilaterales⁷¹.

Las enseñanzas que podemos extraer del artículo 1480 PCC 1851 (y su precedente francés) es que, en caso de resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario (en principio, todo tipo de incumplimiento, no solo la inobservancia del plazo de duración del contrato), se considera que uno de los daños sufridos por el arrendador es el importe de las rentas dejadas de percibir. Ahora bien, no se trata de pagar toda la renta prevista hasta la finalización normal del contrato, sino solo la correspondiente al tiempo necesario para que el arrendador vuelva a arrendar el inmueble. García Goyena afirmaba claramente que, en la indemnización de daños, debía incluirse la «pérdida de la renta hasta la celebración de otro arriendo» y lo conectaba con el artículo 1011 PCC 1851, que regulaba el régimen general de la indemnización de daños y perjuicios⁷². Además, respecto a este nuevo contrato de arrendamiento, señalaba que «el arrendador deberá practicar las diligencias convenientes para poder celebrarlo», lo cual conecta con lo que denominaremos «deber de mitigar el daño»⁷³, e incluso contemplaba la posibilidad de que el propio arrendatario practicara dichas diligencias para proporcionar un nuevo arrendatario y liberarse en adelante⁷⁴.

2.2 La regulación del Código civil

El Código civil carece de un precepto como el artículo 1480 PCC 1851. Quizá esta omisión se deba al hecho de que –como ya apuntaba el propio García Goyena– el legislador llegó a la conclusión de que esta solución resulta aplicable a todos los contratos y que, por tanto, no es necesaria una norma especial sobre indemnización en caso de resolución del contrato de arrendamiento. Por ello, para determinar la indemnización en caso de resolución del arrendamiento por incumplimiento del arrendatario de su obligación de respetar el tiempo de contrato, es necesario acudir a los

⁷¹ GARCÍA GOYENA, 1852, p. 781.

⁷² GARCÍA GOYENA, 1852, p. 781.

⁷³ *Vid. infra* III.2.3.6.

⁷⁴ GARCÍA GOYENA (1852, p. 781) advertía de que, en caso necesario, podía acudir al juez, para que lo autorizara a proceder por sí mismo al arriendo.

preceptos que regulan con carácter general el remedio indemnizatorio: los artículos 1101 CC y siguientes.

Mientras que el artículo 1101 CC contiene el fundamento normativo para la indemnización de daños por incumplimiento, el artículo 1106 CC determina las partidas indemnizables y el artículo 1107 CC delimita el ámbito material de los daños resarcibles. En cuanto a las partidas indemnizables, el artículo 1106 CC incluye tanto el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, como el de la ganancia que haya dejado de obtener, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, entendido este último como la ganancia frustrada como consecuencia del incumplimiento⁷⁵. En caso de ejercicio conjunto de la resolución del contrato y de la indemnización de daños y perjuicios, está hoy generalmente admitido que la indemnización comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener⁷⁶.

Lo anterior significa que, en el caso de resolución del arrendamiento por incumplimiento del arrendatario, por lo que respecta a la partida relativa al lucro cesante, se tendrá en cuenta, entre otras posibles ganancias frustradas, las rentas dejadas de percibir, puesto

⁷⁵ Vid. MORALES MORENO, 2010, p. 31; CARRASCO PERERA (2021, 23/2 y 23/57) y SÁENZ DE JUREBA, *RCDI*, 2018, p. 540.

PARRA LUCÁN (*RDP*, 2019, p. 77) lo define como «la ganancia que era de esperar con cierta probabilidad, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto y que, como consecuencia del incumplimiento contractual del deudor (...) no se han producido».

⁷⁶ Aunque sobre esta cuestión ha existido tradicionalmente en Derecho español una disparidad de opiniones en torno a si procede indemnizar dejando al acreedor en la situación en la que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado (interés contractual negativo), defendida por un importante sector doctrinal (DELGADO ECHEVERRÍA, *CCJC*, 1985, pp. 2956 y 2957; JORDANO FRAGA, *CCJC*, 1990, pp. 1102 ss.; y más recientemente, PARRA LUCÁN, *RDP*, 2019, p. 79;) o si es posible que la indemnización le coloque en la posición que tendría si el contrato se hubiese cumplido (interés contractual positivo), que es la solución que ha sido defendida por numerosos autores (PANTALEÓN PRIETO, 1989, p. 1143 y pp. 1152-1155; Díez PICAZO, 2008, XXIII. § 5.18; SOLER PREZAS, 1998, pp. 82 ss.; GÓMEZ POMAR, 2002, p. 41, nota al pie núm. 31 e *InDret*, 2007, pp. 20 y 21 y p. 30; MORALES MORENO, 2010, pp. 186 y 187 y RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 236 y 237, y p. 257, respecto del contrato de arrendamiento).

CARRASCO PERERA (2021, 23/28) sostiene que el contratante que ejercita la resolución puede optar entre ambas vías de resarcimiento salvo que se haya previsto una fórmula determinada o esta resulte de la ley; en cualquier caso, aclara que la división no es fundamental pues diversas partidas del daño resarcible pueden liquidarse indistintamente como daño positivo o negativo (2120, 23/23). GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA (*ADC*, 2014, pp. 1227 a 1229) defienden que sería conveniente reabrir la discusión doctrinal puesto que, desde el punto de vista de la eficiencia, la medida indemnizatoria asociada a la resolución no tiene que ser siempre y en todo caso la misma. Sostienen estos autores que no caben soluciones uniformes, sino que, dependiendo de las características de los incumplimientos, de los contratantes y de las dinámicas contractuales, será preferible una combinación u otra entre la resolución y la modalidad y el monto de la indemnización.

que constituyen ganancias que el arrendador habría obtenido si el contrato se hubiese cumplido en los términos previstos⁷⁷.

2.3 Los criterios para calcular el importe de la indemnización

Ni el artículo 1106 CC ni el artículo 1107 CC establecen reglas precisas para calcular el importe de la indemnización. En el caso del contrato de arrendamiento y, más concretamente, respecto del daño producido por dejar de percibir las rentas previstas, los problemas que surgen no son de prueba de su existencia⁷⁸, sino que, como se verá a continuación, lo que sucede es que se plantean dudas sobre su extensión y, más concretamente, con el límite temporal de su indemnización. Hay que tener en cuenta que la función del remedio indemnizatorio no es punitiva sino resarcitoria, por lo que solo se han de reparar los daños que efectivamente se producen. A falta de normas específicas para cuantificar esta partida indemnizatoria, hasta ahora, se ha procedido caso por caso, atendiendo a las circunstancias presentes. Esto significa que es muy difícil establecer reglas generales y las que contemplamos a continuación se han de adaptar a las circunstancias concretas y especiales que puedan concurrir.

En primer lugar, para determinar cuál es la ganancia perdida por el arrendador, es necesario calcular el «beneficio neto» que obtenía el arrendador. Este beneficio neto se extrae de descontar al importe de las rentas que percibe del arrendatario, los gastos que tiene que realizar para cumplir el contrato. Estos gastos están constituidos por los gastos que genera el inmueble y que soporta el arrendador según lo pactado en el contrato y los derivados de las obligaciones de mantenimiento y reparación del inmueble, además de los gastos de gestión del contrato. Por tanto, una primera operación que hay que realizar para calcular el beneficio que ha dejado de percibir obliga a tener en cuenta ambos aspectos: a la renta pendiente de percibir hay que restarle los gastos futuros mencionados⁷⁹. A pesar del consenso que hay en la doctrina al respecto, lo

⁷⁷ Son lo que DÍEZ PICAZO denomina «lucro interno», es decir, el flujo monetario que el contrato habría generado (2008, XXIII. § 5.21).

⁷⁸ CARRASCO PERERA (2021, 23/57).

⁷⁹ DÍEZ PICAZO, 2008, XXIII. § 5.21; MORALES MORENO, 2010, p. 51 y PARRA LUCÁN, *RDP*, 2019, p. 81. CARRASCO PERERA se refiere a la «ganancia neta» deducidos los costes del propio cumplimiento (2021, 23/54).

cierto es que en las decisiones jurisprudenciales no se suele aludir a esta cuestión⁸⁰.

En segundo lugar, para calcular la indemnización por las rentas perdidas hay que tener en cuenta el hecho de que, en este caso, la indemnización acompaña al remedio de la resolución del contrato. El remedio resolutorio, además de los efectos liberatorios, tiene efectos restitutorios, que hacen que el arrendador recupere el bien arrendado de forma anticipada y pueda disponer de él⁸¹. Si el arrendador que recupera la disponibilidad del bien lo emplea en un nuevo destino, este hecho puede tener consecuencias en los daños que el incumplimiento le ha provocado⁸². El problema está en que el arrendador ha podido disponer del bien de muchas maneras. Aunque con ocasión del artículo 56 LAU 64, ya se ha visto cómo la jurisprudencia, para fijar la cuantía indemnizatoria, atiende a lo que ha sucedido tras la resolución. Principalmente ha tratado el caso de celebración de un nuevo arrendamiento y, en menor medida, la venta del inmueble. Atendiendo a este criterio empleado por la doctrina y la jurisprudencia, aquí se analizarán las situaciones más frecuentes.

En este sentido, lo más habitual es que, recuperado el inmueble, el arrendador celebre un nuevo arrendamiento (*vid.* III. 2.3.1); aunque es posible que opte por vender el inmueble (*vid.* III. 2.3.2); o, incluso, explotarlo él mismo (*vid.* III. 2.3.3); también puede ocurrir que el inmueble se destruya (*vid.* III. 2.3.4); o bien, que permanezca desocupado todo el tiempo que restaba de contrato (*vid.* III. 2.3.5). En todos los casos mencionados, en el momento de calcular la indemnización del lucro cesante, el tiempo de contrato ya ha transcurrido y es posible analizar retrospectivamente qué es lo que ha sucedido. Por último, queda determinar cómo se calcula el importe de la indemnización por rentas dejadas de percibir cuando, en el momento de realizar la operación, el bien permanece desocupado y todavía resta tiempo de contrato (*vid.* III. 2.3.6).

⁸⁰ GONZÁLEZ MALABIA y TENT ALONSO (*Dereito*, 2010, p. 129). Es difícil encontrar pronunciamientos sobre ello. Así, sobre cálculo del beneficio neto para determinar la cuantía de la indemnización respecto del lucro cesante, *vid.* la STS 569/2013, de 8 de octubre [(Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo], en un caso de incumplimiento del preaviso de desistimiento unilateral en un contrato de concesión y la STS 63/2015, de 24 de febrero [(Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo], sobre resolución de un contrato de colaboración.

⁸¹ En este sentido, MORALES MORENO (2006, p. 43).

⁸² MORALES MORENO, 2010, p. 51 y p. 188: «Porque (...) la función de la indemnización no es enriquecer al acreedor, y el acreedor se enriquecería si la indemnización no tomara en cuenta la ventaja que, directamente, le ha producido la resolución». Con carácter general, sin centrarse en el remedio resolutorio, CARRASCO PERERA (2021, 23/6 y 23/7) se refiere a una liquidación neta de los daños puramente económicos en la que se compensan daños y ventajas.

2.3.1 CUANDO EL ARRENDADOR CELEBRA UN NUEVO ARRENDAMIENTO

Como se ha indicado, suele ser muy habitual que, recuperado el inmueble, el arrendador proceda a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento. Esta medida de autotutela del arrendador facilita la liquidación del daño provocado por el incumplimiento del arrendatario⁸³. Aquí pueden darse varios escenarios:

El primero de ellos, y el más sencillo, es que el nuevo arrendamiento se concluya inmediatamente después de recuperado el bien arrendado. Si la renta pactada en el nuevo contrato es idéntica a la que existía en el contrato extinguido (o con un importe superior), es evidente que no hay daño que resarcir en concepto de lucro cesante⁸⁴, aunque habrá que indemnizar al arrendador los costes de celebración del nuevo contrato⁸⁵. Si el nuevo arrendamiento se ha celebrado en condiciones razonables y la nueva renta es inferior a la pactada en el arrendamiento resuelto, entonces el arrendador deberá tener derecho en concepto de lucro cesante a la diferencia entre la renta del primitivo contrato y la del nuevo durante el tiempo que debería haber permanecido el primer contrato⁸⁶.

Sin embargo, lo más habitual es que transcurra un tiempo desde que se resuelve el contrato hasta que el arrendador consigue celebrar un nuevo arrendamiento. En este caso, el arrendador tiene derecho, además de a la diferencia de renta (si es que esta existe), a que se le abone, en concepto de lucro cesante, las ganancias perdidas como consecuencia de haber dejado de percibir las rentas el tiempo que el bien ha estado desocupado⁸⁷. Ahora bien, eso solo será así, siempre que no haya una demora injustificada en la cele-

⁸³ Díez PICAZO, 2008, XXIII. § 5.21 y MORALES MORENO, 2020, p. 183.

⁸⁴ CARRASCO PERERA (2021, 23/6 y 23/7) sostiene que es un caso de «saldo neto del daño», porque con la celebración del negocio de cobertura el acreedor no ha sufrido daño alguno por esta partida.

⁸⁵ CARRASCO PERERA (2021, 23/11) afirma que en el caso de que la renta del nuevo contrato sea superior, el plusvalor es deducible del coste de cobertura indemnizable por el deudor.

⁸⁶ CARRASCO PERERA, AJA, 2005, p. 13 y 2021, 23/60 y GONZÁLEZ MALABIA Y TENT ALONSO (*Dereito*, 2010, p. 129). En apoyo de esta solución, GARCÍA GOYENA (1852, p. 781) afirma: «(...) según la ley 51, título 2, libro 19 del Digesto, deberá también reputarse daño o pérdida lo menos que el propietario saque del nuevo arriendo, porque en realidad esto pierde o tiene de menos, y daño es *quantum tum mihi habest, quantumque lucrari potui*». Es lo que MORALES MORENO denomina «indemnización del interés en mantener la ventaja del intercambio» (2010, pp. 41-43 y 52).

Cfr. con las respuestas dispares ofrecidas por el Tribunal Supremo en el marco del artículo 56 LAU 64, *supra* II.1.

⁸⁷ Recordemos que el propio artículo 1480 PCC 51 contemplaba el pago de las rentas «hasta que se pudiera celebrar otro» (arrendamiento). Señala CARRASCO PERERA que ha ocurrido así en muchos casos resueltos en los tribunales, de tal forma que se indemniza con la renta contractual hasta el día que se produjo el nuevo arrendamiento (AJA, 2005, p. 13).

bración del nuevo contrato de arrendamiento, en cuyo caso, en atención al deber de mitigar el daño, procedería disminuir la cuantía de la indemnización al tiempo razonable para celebrar el nuevo contrato (sobre deber de mitigar el daño, *vid. infra* 2.3.5).

2.3.2 CUANDO EL PROPIO ARRENDADOR EXPLOTA EL INMUEBLE

Es posible que el arrendador, tras la recuperación del inmueble, decida no celebrar un nuevo arrendamiento y lo ocupe y explote él mismo. Procede entonces determinar cuál es el daño que efectivamente le ha provocado el incumplimiento. En este caso, no existe un nuevo contrato de arrendamiento (no hay una operación de reemplazo, porque no ha contratado con un tercero)⁸⁸.

Cuando esto sucede, cabe sostener, salvo casos especiales, que la restitución anticipada del inmueble ha permitido al arrendador proceder a su explotación directa. De esta forma, deja de existir el daño provocado por el incumplimiento, puesto que, con la utilización del inmueble, el arrendador con su decisión de no volver a arrendar está extrayendo él mismo todo el provecho que podía obtener del bien; en otras palabras, deja de existir el daño causado por el abandono anticipado del inmueble.

2.3.3 CUANDO EL ARRENDADOR VENDE EL INMUEBLE

Un caso diferente es aquel en el que el arrendador, que recupera la disponibilidad del inmueble de forma anticipada como consecuencia de la resolución del contrato, decide venderlo⁸⁹. Como ya se indicó, en el marco del artículo 56 LAU 64 nos encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que sostienen que no procede tener en cuenta este hecho y mantienen íntegra la indemnización prevista en dicho precepto, esto es, por el importe de todas las rentas pendientes, pues el Tribunal Supremo solo contempla la reducción de la indemnización en el caso de que el inmueble se vuelva a arrendar (*vid. supra* II.1).

Esta solución es acorde con la opinión doctrinal que sostiene que, puesto que las ventajas que obtiene el acreedor tienen su ori-

⁸⁸ Para que haya operación de reemplazo es necesario que se haya concluido una transacción con un tercero (*vid.*, aunque referido a los PICC, MCKENDRICK, 2015, p. 998).

⁸⁹ Se plantea el caso de una venta como decisión libre del arrendador en la organización de su patrimonio. En el caso de venta necesaria (en las circunstancias del arrendador) por la situación que ha creado la terminación del arrendamiento (como la que se presentó en la STS de 15 de julio de 2002, aunque en el ámbito del artículo 56 LAU 64), se podría pensar que es una venta obligada (un daño), pero plantea el problema del requisito de la «previsibilidad» de la situación del arrendador para el arrendatario en el momento de contratar.

gen en su propia capacidad de gestionar las consecuencias del incumplimiento, resulta cuestionable que aquellas deban redundar en beneficio del deudor incumplidor⁹⁰. En el caso que nos ocupa, esto significa que, para determinar el importe del daño resarcible resulta irrelevante el hecho de que el arrendador que ha recuperado anticipadamente el bien inmueble como consecuencia de la resolución haya procedido a su venta, puesto que no se pueden compensar los daños resarcibles con el lucro obtenido de la venta⁹¹.

Frente a ella, sin embargo, a falta de criterios legales expresos, es posible defender que el hecho de que el arrendador haya vendido el bien sí debe tener consecuencias en la determinación del daño provocado por el incumplimiento. A mi juicio, un criterio acertado para estos casos implicaría reconocer que el arrendador tiene derecho a que se le indemnice por las rentas dejadas de percibir hasta el momento en que se produjo la venta. A partir de ese momento, la venta del inmueble corrige la situación creada por el incumplimiento. Con ella, el arrendador transforma el objeto patrimonial en uno diferente: sustituye el inmueble por el precio obtenido. Conforme a la teoría económica de formación de precios, el precio de venta del inmueble se forma mediante el descuento a valor presente (en el momento de la venta) de las rentas futuras del inmueble. Dicho otras palabras, no hay rentas dejadas de percibir, puesto que se capturan todas en el precio de la venta. Ahora bien, sería posible que las rentas futuras que conforman el precio de venta fueran inferiores a las dejadas de percibir por el incumplimiento descontadas al valor presente. En este caso, procedería reclamar al arrendatario incumplidor la diferencia de valor entre las rentas del contrato resuelto y las que conforman el precio de venta, proporcionalmente al tiempo que restaba de contrato.

Esta segunda solución protege todos los intereses en juego y contempla los daños efectivamente producidos con el incumplimiento y posterior resolución del contrato. En la otra solución se está indemnizando un daño ficticio sin el respaldo de una norma que así lo establezca y sin tener en cuenta que, con la venta, el arrendador ha hecho imposible celebrar un nuevo arrendamiento. Si la jurisprudencia sigue sosteniendo la independencia entre la venta y la indemnización por rentas dejadas de percibir, para cuan-

⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, 1743; CARRASCO PERERA, 1989, pp. 689-693 y FENYO PICÓN, 2011, p. 1632.

⁹¹ *Vid.* la regla general aproximativa en CARRASCO PERERA, 2021, 23/5. Según afirma este autor: «no existe *compensatio* entre el daño causado y las *ventajas o gratificaciones directas concedidas por terceros al dañado* y que no tienen como cometido *favorecer o aliviar* la deuda del dañante, sino *hacer más soportable* la condición del dañado». Esta regla la ilustra con el ejemplo del arrendador que ha resuelto el contrato por incumplimiento del arrendatario y procede a la venta del inmueble. Insiste en ello en 23/10.

tificar su importe al menos habría de tenerse en cuenta el hecho de que el arrendatario ha restituido el bien de forma anticipada, que es precisamente lo que ha permitido al arrendador venderlo.

2.3.4 CUANDO SE DESTRUYE EL INMUEBLE

Puede suceder que, tras la recuperación del inmueble, éste se destruya antes de que hubiese transcurrido el tiempo previsto de duración del arrendamiento y antes de que se haya procedido a calcular los daños. Hay que tener en cuenta que la destrucción del inmueble, estando vigente el contrato, también habría provocado la resolución del contrato; por tanto, solo es oportuno indemnizar por las rentas dejadas de percibir hasta el momento de la destrucción del bien⁹². En estos casos, la determinación del lucro cesante por rentas dejadas de percibir tiene como límite la fecha en la que se produce la destrucción del inmueble, fecha a partir de la cual el arrendador deja de perder las ganancias de tenerla arrendada⁹³.

2.3.5 CUANDO EL INMUEBLE NO SE HA OCUPADO

Si, en el tiempo que restaba de contrato, el arrendador no ha procedido a celebrar un nuevo arrendamiento o no ha aprovechado el bien de alguna otra manera, en principio, es fácil concluir que el daño efectivamente ocasionado se corresponde con el beneficio neto (es decir, las rentas que hubiera percibido descontados los gastos futuros que hubiera tenido que realizar en la ejecución del contrato). Sin embargo, para completar el cálculo de la indemnización por rentas dejadas de percibir, es oportuno analizar la conducta del arrendador para comprobar que ha cumplido con el deber de mitigar el daño⁹⁴ que le corresponde como parte contratante que sufre el incumplimiento⁹⁵. Aunque este deber no está expresamente contemplado en el Código civil, tanto nuestra doctrina como

⁹² Aunque sin referirse a este caso, CARRASCO PERERA (2021, 24/18) afirma: «Si el deudor incumple repudiando el contrato, pero durante la que hubiera sido fase de ejecución del contrato aparece una contingencia que hubiera permitido al deudor exonerarse sin responsabilidad, sólo habrá responsabilidad por los daños sufridos por el acreedor hasta ese momento».

⁹³ CARRASCO PERERA (2021, 24/20).

⁹⁴ Empleamos esta denominación por ser la comúnmente utilizada, aunque realmente tiene naturaleza de carga del acreedor (PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 1743 y SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, p. 960) y, cómo tal, corresponde al acreedor decidir si efectúa o no la medida mitigadora (FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1662). En el caso de que incumpla esta carga, no se le impone una sanción (PÉREZ VELÁZQUEZ, *Indret*, 2015, p. 21).

⁹⁵ SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, p. 960 y MORALES MORENO, 2010, p. 52.

nuestra jurisprudencia lo consideran vigente en nuestro Ordenamiento, vinculado a las exigencias de la buena fe⁹⁶.

El deber de mitigar el daño implica que, ante el incumplimiento del arrendatario, el arrendador adopte todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias, se consideren razonables para evitar o limitar las consecuencias dañinas del incumplimiento del arrendatario⁹⁷. Si, debiendo adoptar dichas medidas, el arrendador no las adopta, el arrendatario tiene derecho a que se reduzca la indemnización por el daño provocado en la cuantía en que dicho daño pudo haberse evitado⁹⁸. Es el arrendatario que pretende la reducción de la indemnización en la cuantía de las pérdidas que se podrían haber evitado o mitigado quien tiene la carga de probar que el arrendador debería haber adoptado una medida razonable mitigadora del daño⁹⁹.

Como señala Morales Moreno, el carácter flexible de la regla de mitigación del daño impide fijar de antemano el tipo de medidas que hay que adoptar y el momento en el que se deben adoptar, puesto que todo dependerá de las circunstancias del caso¹⁰⁰. Estas circunstancias son de todo tipo: el carácter profesional o no de las partes, el comportamiento del propio arrendatario ante su incumplimiento, las características del inmueble, su ubicación, la situación del mercado, el tiempo transcurrido de contrato y el tiempo que reste de contrato (cuando más tiempo reste, hay mayores probabilidades de que, atendidas las circunstancias, el arrendador deba actuar para evitar que los daños se extiendan en el tiempo)¹⁰¹.

La medida más oportuna suele ser la operación de reemplazo, es decir, la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento,

⁹⁶ DÍEZ PICAZO, 2008, XXIII, §5.152; SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, pp. 963-964; MORALES MORENO, 2010, pp. 180 y 181; PÉREZ VELÁZQUEZ, *InDret*, 2015, pp. 22 a 24 y CARRASCO PERERA (2021, 24/26).

⁹⁷ SOLER PRESAS (*ADC*, 1995, p. 960) se refiere las medidas razonables «para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del incumplimiento», a lo que MORALES MORENO (2010, p. 180) añade las medidas para «evitar que el daño llegue a producirse». Refiriéndose expresamente al contrato de arrendamiento, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 257; y CARRASCO PERERA (2021, 24/27) menciona el deber del arrendador de mitigar su daño aceptando tomar las llaves que el arrendatario le devuelve, con independencia de las reclamaciones que luego pueda realizar, razón por la cual son de cuenta del arrendador los daños que sufra el bien después de su abandono y de que rehusara hacerse cargo de él.

⁹⁸ En otras palabras, no recuperará todos los daños efectivamente sufridos, sino solo los que no podían ser evitados ni aminorados (PÉREZ VELÁZQUEZ, *InDret*, 2015, p. 21).

⁹⁹ PARRA LUCÁN (*RDP*, 2019, pp. 81 y 82) afirma que puede resultar injustificado que el deudor que incumple se vea liberado de indemnizar un daño porque el acreedor no lo impidió: «Por ello, incumbe al causante del daño probar que (...) el acreedor incumplió el deber razonable y exigible, en atención a las circunstancias, de mitigar el daño».

¹⁰⁰ MORALES MORENO, 2010, p. 185.

¹⁰¹ PÉREZ VELÁZQUEZ (*InDret*, 2015, p. 28) insiste en que ninguna medida puede ser, *a priori*, abstractamente considerada como razonable o no, sino solo atendiendo a las circunstancias del caso.

en condiciones razonables¹⁰². Con una medida de este tipo, el arrendador, que se ha visto privado de las rentas por la devolución anticipada del bien arrendado, puede obtener directamente la ganancia frustrada con el incumplimiento y la resolución del contrato¹⁰³. Si atendiendo a las circunstancias es razonable que adopte esta medida y no lo hace, la indemnización por rentas dejadas de percibir se reducirá en la medida en que podría haberse paliado el daño sufrido.

En cualquier caso, la exigencia de la adopción de una medida mitigadora ha de entenderse que se plantea en el contexto de un plazo razonable. Es cierto que, con la resolución del contrato, el acreedor recupera la disponibilidad del bien y debe mitigar el daño, pero necesita un tiempo razonable para adoptar la medida que corresponda. La duración de este plazo –su «razonabilidad»– depende de las circunstancias concretas del caso (de nuevo, el comportamiento del propio arrendatario ante su incumplimiento¹⁰⁴, la ubicación del bien inmueble, las características del bien, el tiempo que resta de contrato). Este plazo razonable marca el límite del periodo en el que se indemniza al arrendador el lucro cesante consistente en las rentas dejadas de percibir¹⁰⁵. Dicho en otras palabras, si se llega a la conclusión de que el arrendador se ha retrasado injustificadamente en adoptar la medida mitigadora, entonces procede reducir el importe de la indemnización por el lucro cesante en la extensión correspondiente a dicho retraso¹⁰⁶.

Desde una consideración de orden económico, según Carrasco Perera, podría pensarse que a todo deudor (en nuestro caso al arrendatario) se le debe conceder la legítima expectativa de poder calcular la indemnización a la que estará obligado por el hecho de su incumplimiento. De esta manera, podrá planificar su estrategia de incumplimiento y tener la certidumbre de que el coste de la indem-

¹⁰² MORALES MORENO, 2010, p. 52 y pp. 182 y 183. PÉREZ VELÁZQUEZ (*InDret*, 2015, p. 45) afirma que el carácter razonable de la operación de reemplazo viene determinado por el momento de realizarla, por el precio o características de los bienes y por el esfuerzo realizado por el perjudicado para concluir un negocio alternativo; CARRASCO PERERA (2021, 24/28).

Sobre la no conveniencia de generalizar la solución del negocio de cobertura, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 1743 y SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, pp. 965 y 966.

¹⁰³ MORALES MORENO (2010, p. 181) advierte, no obstante, de que puede suceder que la operación de reemplazo realizada por el acreedor no subsane la pérdida de volumen en la serie de operaciones que podría haber realizado el acreedor en el correspondiente periodo de tiempo.

¹⁰⁴ MORALES MORENO hace hincapié en la importancia que tiene la conducta del propio deudor, por ejemplo, admitiendo o no su incumplimiento (o retrasándose en desalojar el inmueble) de tal manera que la actitud de éste puede justificar el retraso del perjudicado en adoptar medidas para mitigar el daño (p. 185).

¹⁰⁵ MORALES MORENO, 2010, pp. 183 y 184.

¹⁰⁶ Así lo contempla CARRASCO PERERA, 2005, *AJA*, núm. 11 (p. 13) en el caso de «una tardanza irrazonable en buscarse el arrendador ese alquiler sustitutorio».

nización que tendrá que abonar (si abandona el inmueble anticipadamente) será inferior a la desventaja que le supone continuar con el contrato. Esta consideración que podría resultar excesiva cuando los contratantes no están en situación de igualdad, no lo es cuando ambos sujetos son profesionales que, con su comportamiento procuran obtener lucros en el mercado. Tratándose de profesionales, el acreedor (arrendador) está obligado a mantener una conducta económica razonable (buscar un nuevo arrendamiento) de manera que el incumplimiento del deudor le resulte menos gravoso¹⁰⁷.

2.3.6 CUANDO EL INMUEBLE PERMANECE DESOCUPADO Y TODAVÍA QUEDA TIEMPO DE CONTRATO

Todas las situaciones descritas hasta ahora tenían en común que, en el momento de liquidar los daños, ya había transcurrido el plazo de contrato y se podía realizar una mirada retrospectiva de qué es lo que había sucedido. Más complicado es el caso en el que, en el momento de calcular el importe de la indemnización por lucro cesante, el arrendador no ha procedido a celebrar un nuevo arrendamiento y todavía no ha transcurrido todo el tiempo previsto de contrato. En este supuesto, en 2005, Carrasco Perera defendió lo que denominó «la única solución eficiente»¹⁰⁸. Según su propuesta, el arrendatario debería abonar, en primer lugar, el importe correspondiente a toda la renta devengada hasta el último momento procesal relevante para hacer alegaciones y, «adicionalmente el pago de una indemnización». Esta indemnización la cuantificaba en una mensualidad de renta por año que reste de contrato. Sostenía este autor que el procedimiento no supone una aplicación analógica del artículo 11 LAU (*vid. supra* II.2.1), sino que lo que obtiene de este precepto es «un método de cálculo del lucro cesante que es razonable» y que tiene en cuenta el plazo de duración del contrato¹⁰⁹. En 2013, reitera esta solución de considerar como cifra máxima del lucro cesante indemnizable una mensualidad de renta y la justifica en el hecho de que sería una sobrecompensación del arrendador concederle como indemnización el derecho al cobro de toda la renta pendiente, quedando por su parte en posesión de la cosa¹¹⁰.

Sin duda, la propuesta es muy sugerente: presenta, por un lado, el acierto de tener en cuenta que, con la resolución, el arrendador recupera la disponibilidad del bien y, por otro, la ventaja de su cál-

¹⁰⁷ CARRASCO PERERA, 2021, 24/26.

¹⁰⁸ CARRASCO PERERA, *AJA*, 2005, p. 13.

¹⁰⁹ CARRASCO PERERA, *AJA*, 2005, p. 13.

¹¹⁰ CARRASCO PERERA, 2013, núm. VI).

culo fácil, abstracto y objetivo. Sin embargo, plantea varios inconvenientes. El principal es la ausencia, en la normativa actual (tanto en la legislación especial sobre arrendamientos como en el régimen general), de un criterio semejante. A ello hay que añadir que el criterio descrito tampoco parece adecuado incorporarlo en un futuro. No parece que el parámetro elegido, «un mes de renta por año de que reste de contrato», sea el más conveniente. No olvidemos que el legislador emplea ese parámetro exclusivamente en el ámbito del arrendamiento de vivienda, donde juega un papel esencial la protección del arrendatario, y que lo emplea en el marco de una facultad reconocida al arrendatario de extinguir el contrato, su función no es calcular el daño en caso de una resolución por incumplimiento. Además, hay que recordar que su intención es limitar la cuantía máxima que las partes pueden pactar por el ejercicio de dicha facultad, pues en ausencia de pacto, el arrendatario no tiene que abonar cantidad alguna en concepto de indemnización por finalización anticipada del contrato.

A ello hay que añadir que esta forma abstracta de calcular el lucro cesante plantea el inconveniente de no atender a las circunstancias del caso, y, muy especialmente, a las posibilidades reales de celebrar un nuevo contrato (circunstancias y características de las partes, ubicación del inmueble, tipo de inmueble, situación del mercado). Únicamente toma como medida para el cálculo la renta pactada y el tiempo que restaba de contrato, lo que puede llevar a que el arrendador no quede plenamente resarcido de los daños sufridos¹¹¹ o a que reciba una suma de dinero superior al daño sufrido, sin que exista un respaldo legal para ello.

En la actualidad, Carrasco Perera insiste en la necesidad de limitar la indemnización del lucro cesante por rentas dejadas de percibir como consecuencia del abandono del inmueble por el arrendatario, cuando en el momento de liquidar el daño, el inmueble permanece desocupado. Dejando a un lado el criterio antes mencionado, sostiene que para calcular el importe de la indemnización hay que tener en cuenta que el arrendador solo puede reclamar la ganancia neta después de descontar el valor (ahorrado) de su propia prestación y de practicar la «deducción de una franquicia» por el riesgo de incertidumbre en cuanto a su efectiva realiza-

¹¹¹ Así lo reconoce el propio CARRASCO PERERA (2013, VII), que, comentando el derecho reconocido en el artículo 11 LAU 94 a favor del arrendatario, señala que no está sujeto a la carga de la plena indemnidad del otro contratante, y reconoce que el lucro cesante puede llegar a ser muy superior al *forfait* legal. Aclara que no se trata de una liquidación anticipada del daño por incumplimiento, por lo que no cabe la prueba de que los daños reales han sido mayores o menores que los resultantes del cálculo abstracto previsto por la ley y excluye otras partidas indemnizatorias cuya *ratio* sea la compensación del lucro cesante resultante de la pérdida de rentas futuras.

ción futura (por la posibilidad de realizar un negocio de cobertura en el plazo venidero) y como incentivo para que el acreedor mitigue cuanto antes su daño. Afirma que esta franquicia es la tasa de descuento que ha de aplicarse a la liquidación presente de las rentas futuras¹¹².

Sin embargo, en ausencia de criterios legales que contemplen la solución planteada u otra distinta, el importe de la indemnización debe calcularse atendiendo al daño efectivamente producido. Es cierto que, en el momento de cuantificar el daño, todavía resta tiempo de contrato, por lo que se hace necesario hacer una previsión teniendo en cuenta las posibilidades que tiene el arrendador de volver a arrendar el bien en ese tiempo. Esto significa que procederá aminorar la cuantía de la indemnización correspondiente a las rentas dejadas de percibir cuando, atendiendo todas las circunstancias concurrentes (no solo la renta y tiempo que resta de contrato), resulte razonable que el arrendador celebre un nuevo arrendamiento antes de que se agote el tiempo que restaba de contrato. Este criterio para reducir la cuantía de la indemnización del lucro cesante tiene como punto de partida «lo que es razonable» y conecta con la buena fe y el deber de mitigar el daño¹¹³. Presenta la gran ventaja de permitir poner un límite temporal para la indemnización de las ganancias dejadas de percibir, puesto que las circunscribe al tiempo que se estime razonable para que el arrendador celebre un nuevo contrato. Se trata de un cálculo hipotético realizado para el futuro, con independencia de lo que finalmente haga el arrendatario, pero totalmente conectado con las circunstancias concurrentes.

Es importante hacer hincapié en que, según esta propuesta, lo relevante no es solo el tiempo que restaba de contrato, sino que, atendidas las circunstancias (características de las partes, estado del inmueble, situación del mercado), resulte exigible que el arrendador adopte una medida mitigadora del daño y el tiempo razonable necesario para adoptar la medida. Con esta aplicación de la regla se evita el peligro que supone que el monto de la indemnización se extienda excesivamente, sobre todo en los contratos de arrendamiento de larga duración.

Ilustraré lo que acabo de exponer con un caso extraído de la STS de 12 de noviembre de 2009¹¹⁴. La propietaria de un solar se compromete a construir un edificio para albergar una residencia

¹¹² CARRASCO PERERA (2021, 23/57). Para su cálculo, propone acudir a métodos contables como el sistema del *Discounted Cash Flow*. (2021, 23/55)

¹¹³ PARRA LUCÁN, *RDP*, 2019, p. 81.

¹¹⁴ STS 749/2009, de 12 de noviembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

de mayores y, una vez construido, a cederlo en arrendamiento a la otra parte durante veinticinco años. Finalizada la construcción de la residencia, el contrato de arrendamiento no llega a ejecutarse. La parte arrendataria presenta una demanda solicitando la resolución del contrato por falta de entrega de la residencia. La arrendadora se opone a la demanda y, en reconvención, pide de forma principal el cumplimiento del contrato y, subsidiariamente, la resolución y una indemnización de daños y perjuicios que incluye la pérdida de las rentas previstas en una cuantía equivalente a diez anualidades de renta. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación, al igual que el pedimento principal de la demanda reconvencional; se admitió la petición subsidiaria de la arrendadora declarándose la resolución por incumplimiento y condenando a la arrendataria a abonar una indemnización en concepto de lucro cesante.

La sentencia dictada en primera instancia concede una indemnización equivalente a cuatro anualidades de renta y esta cantidad es reducida por la sentencia de apelación al importe correspondiente a una anualidad. En casación, se estima el recurso presentado por la arrendadora centrado en combatir la minoración de la indemnización y en mantener la corrección de la indemnización otorgada en primera instancia. El Tribunal Supremo parte de que hay claramente un beneficio que se ha dejado de percibir, y considera que «(1) a cuestión es el parámetro adecuado para determinar la cuantía». Teniendo en cuenta que la arrendadora se ha aquietado a lo que admitió el juzgado de primera instancia, considera que el parámetro utilizado por el juzgado de primera instancia es correcto, «ya que evita un enriquecimiento injusto al poder disponer de la residencia y al tiempo se compensa el perjuicio económico al no tener arrendada la residencia desde el tiempo en que estaba previsto en el contrato» (FD 3.º), sin ofrecer más explicaciones.

Según la propuesta desarrollada en este trabajo, la decisión sobre la cuantía de esta partida indemnizatoria podría haberse planteado en otros términos. Puesto que en el momento de calcular el lucro cesante restaban muchos años de contrato, y no se había celebrado un negocio de cobertura, el arrendatario podía probar que, conforme a la buena fe, dadas las circunstancias concurrentes, el arrendador debería haber adoptado, o deberá adoptar en un plazo razonable, alguna medida mitigadora del daño. De los hechos relatados en la sentencia, además del dato de la duración del contrato, se sabe que la arrendadora tiene la posesión del inmueble (puesto que ni siquiera llegó a hacerle entrega de él a la arrendataria); que la arrendataria está dispuesta a resolver el contrato; y que el inmue-

ble está en condiciones de ser explotado como residencia de mayores. Aunque pueden plantearse otras medidas mitigadoras, en principio, parece que la medida más conveniente será la celebración de un nuevo arrendamiento, siempre que las circunstancias lo permitan. La decisión del tribunal de reducir el importe de la indemnización del lucro cesante debería venir justificada atendiendo al tiempo que se estime razonable para la celebración de un nuevo arrendamiento. El arrendador tendrá derecho a que se le abone en concepto de lucro cesante el beneficio neto hasta el momento en que razonablemente debería haber procedido o deberá proceder al negocio de cobertura, con el límite de las cuatro anualidades que admitió la arrendadora en su recurso de casación¹¹⁵.

IV. LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA INDEMNIZACIÓN AL ARRENDADOR POR RENTAS DEJADAS DE PERCIBIR

Me parece oportuno completar este trabajo con una referencia a las propuestas de futuro para el Código civil con el fin de analizar cómo abordan la cuestión planteada y comprobar en qué medida estos textos han seguido los avances realizados por vía jurisprudencial y doctrinal en la materia o, incluso, han ido más allá. Finalmente, antes de llegar a unas conclusiones, analizaré brevemente en qué medida se aproximan estas soluciones a las previstas en la regulación sobre arrendamiento de bienes muebles contenida en el Marco Común de Referencia.

1. LA INDEMNIZACIÓN POR RENTAS DEJADAS DE PERCIBIR EN LAS PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL

Son dos los textos que voy a examinar en este apartado, en primer lugar, la Propuesta de Modernización del Código civil elaborada por la Sección civil de la Comisión General de Codificación, publicada en 2009, que propone una reforma del Código civil en lo relativo al régimen general del Derecho de obligaciones y contratos (en adelante, PMCC) y, en segundo lugar, la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho

¹¹⁵ Nótese que la aplicación en este caso del criterio previsto en el artículo 11 LAU 94 admitiría una indemnización por importe de veinticinco mensualidades (una por cada año de contrato).

civil, publicada en 2018, que contempla un nuevo Código civil con una regulación completa del contrato de arrendamiento (en adelante, PCC).

Según la regulación contenida en la PMCC, la voluntad del arrendatario de no respetar el tiempo de duración del contrato y restituir anticipadamente el inmueble arrendado constituye un incumplimiento de contrato¹¹⁶ que habilita al arrendador para acudir a los remedios que la Propuesta ha diseñado, entre los que se encuentra la resolución del contrato (arts. 1199 y ss.), que puede ir acompañada del remedio indemnizatorio (artículo 1202 párrafo segundo)¹¹⁷:

«Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes.»

El tercer párrafo del artículo 1202 PMCC contiene una norma novedosa en nuestro Derecho, con una presunción *iuris tantum* de un mínimo de daño que sufre la parte contratante que ejercita la resolución:

«Se presume que el daño causado es, como mínimo, igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto.»¹¹⁸

La remisión que hace el artículo 1202 PMCC a los artículos 1205 y siguientes de la PMCC, que regulan el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, ha permitido concluir que este texto acoge la reparación del daño conforme al interés positivo¹¹⁹. En este sentido, el primer párrafo del artículo 1207 PMCC contempla la indemnización del daño emergente y del lucro cesante¹²⁰. A continuación, rellenando un vacío existente hasta el momento, el segundo párrafo del artículo 1207 PMCC determina

¹¹⁶ Artículo 1188 PMCC párrafo primero: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten».

¹¹⁷ Vid. artículo 1190 PMCC.

¹¹⁸ FENOY PICÓN (ADC, 2011, p. 1616) encuentra un claro precedente a la misma en un texto de PANTALEÓN PRIETO (ADC 1993, pp. 1734 y 1735): « que juegue en favor del acreedor una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo».

¹¹⁹ FENOY PICÓN, ADC, 2011, p. 1615 y CLEMENTE MEORO, BMJ, 2011, pp. 13 a 15.

¹²⁰ Artículo 1207 PMCC párrafo primero: «La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener».

cómo se calcula el lucro cesante, que incluye las ganancias que el contratante que resuelve habría obtenido si el contrato se hubiera cumplido en los términos pactados¹²¹:

«Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias.»¹²²

Para completar el sistema, es importante tener en cuenta que la PMCC recoge expresamente el deber de mitigar el daño que corresponde al acreedor¹²³, pues, conforme al artículo 1211 PMCC:

«No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas.»¹²⁴

La Propuesta de Código civil de la Asociación de profesores de Derecho civil, publicada en 2018 (en adelante, PCC)¹²⁵, según indica en su Exposición de motivos, toma como texto de referencia la PMCC, de tal manera que la PCC podría considerarse una «reelaboración» de la misma¹²⁶.

La novedad de este texto se encuentra en que contiene una propuesta de regulación del arrendamiento de bienes (salvando la legislación especial sobre arrendamientos rústicos y urbanos)¹²⁷. En lo que a este estudio interesa, la PCC no contempla la facultad del arrendatario de poner fin unilateralmente al contrato de arrendamiento restituyendo de forma anticipada el bien arrendado¹²⁸. Esto supone que, de forma paralela a lo que

¹²¹ FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1615.

¹²² FENOY PICÓN (*ADC*, 2011, p. 1625) afirma que, con esta norma, se está codificando la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual no se indemnizan los daños dudosos o contingentes (los sueños de fortuna), sino los daños de los que haya cierta probabilidad objetiva de que lo sean según el curso normal u ordinario de las cosas y el caso concreto. *Vid.* CARRASCO PERERA, 2021, 23/56.

¹²³ A favor de que se incorporara una norma de este tipo en el Código civil, PANTALEÓN PRIETO (*ADC* 1993, p. 1743). FENOY PICÓN (*ADC*, 2011, p. 1664) valora positivamente la codificación realizada en la PMCC.

¹²⁴ PÉREZ VELÁZQUEZ (*InDret*, 2015, p. 14) considera que este precepto es la plasmación positiva de la doctrina jurisprudencial sobre la carga de mitigar el daño.

¹²⁵ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil*, 2018 (en adelante APDC)

¹²⁶ APDC, 2018, p. 198.

¹²⁷ APCC, 2018, p. 208, prestando atención a arrendamiento olvidados por el Código civil, como el arrendamiento de bienes muebles y el arrendamiento de industria.

¹²⁸ El artículo 526-1 PCC declara que «solo en los supuestos pactados o en los casos previstos por la ley puede una de las partes desvincularse unilateralmente del contrato». Respecto de estos últimos, la PCC regula la «denuncia» aplicable a los contratos de duración indefinida y el «desistimiento» para los contratos cuyo objeto consiste en obligaciones de hacer.

sucede actualmente en nuestro Ordenamiento, si el arrendatario muestra su intención de no continuar con el contrato y de desalojar el inmueble arrendado, el arrendador puede oponerse a la restitución y exigir el pago de la renta (*vid.* 518-5 PCC)¹²⁹, o bien optar por resolver el contrato (art. 564-9 PCC)¹³⁰ y, además, exigir la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento (art. 518-19 PCC)¹³¹.

En lo que respecta a la regulación del remedio indemnizatorio y la determinación de su cuantía, la PCC se ajusta a lo establecido en la PMCC y lo mismo sucede en el caso de la positivación del deber de mitigar el daño.

2. LOS LÍMITES AL DERECHO DEL ARRENDADOR A RECLAMAR EL PAGO DE LA RENTA Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DCFR

El Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR), publicado en 2009¹³², contiene, en su Libro IV, una regulación actual y completa del contrato de arrendamiento. Aunque se centra exclusivamente en el arrendamiento de bienes muebles, es interesante analizar esta regulación y la solución que ofrece en el caso en estudio, puesto que plantea vías alternativas a las analizadas hasta ahora (derecho de desistimiento del arrendatario, resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario e indemnización de daños y perjuicios) para afrontar la cuestión de la devolución anticipada del bien arrendado. En concreto, en determinadas circunstancias, el arrendador se ve primado de la posibilidad de seguir exigiendo el pago de las rentas, aunque puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios.

¹²⁹ Artículo 518-5 PCC: «*Pretensión de cumplimiento de obligación dineraria.*

El acreedor de una obligación pecuniaria tiene en todo caso el derecho a exigir el cumplimiento».

¹³⁰ Artículo 564-9 PCC: «*Incumplimiento de las obligaciones del arrendatario.*

El arrendador puede resolver el contrato si el arrendatario incumple de manera esencial su obligación de pago del precio o su obligación de uso diligente de la cosa arrendada, así como cualquier otra obligación pactada por las partes como principal».

¹³¹ Artículo 518-19 PCC: «*Resolución e indemnización de daños.*

Resuelto el contrato, quien haya ejercido la facultad resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños que le cause el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes».

¹³² STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009. El DCFR responde a la nueva forma de entender la vinculación contractual a partir de la CISG y de textos de *softlaw* como los PICC y los PECL, cuya influencia es clara.

Conforme a lo previsto en el IV. B.-2:102 (1) DCFR, la regla general es que, pactada una duración determinada del arrendamiento, ninguna de las partes puede poner fin al contrato unilateralmente y de forma anticipada:

«A definite lease period ends at the time determinable from the terms agreed by the parties. A definite lease period cannot be terminated unilaterally beforehand by giving notice.»

Ahora bien, aunque no contempla la posibilidad de una extinción anticipada del contrato por voluntad del arrendatario, el DCFR establece ciertos límites al derecho del arrendador a pretender el pago de la renta, distinguiendo según el arrendatario tenga o no bajo su control el bien arrendado. La aplicación de estos límites al derecho a exigir el pago de la renta, en la práctica, va a significar que el contrato finaliza anticipadamente y el arrendador recupera la disponibilidad del bien. La vía por la que se llega a este resultado no es la resolución instada por el arrendador ante la pretendida restitución del bien por el arrendatario (como sucede en nuestro Derecho), sino la eliminación del derecho a exigir el pago de la renta y su sustitución por una indemnización de daños y perjuicios. Si bien este trabajo se centra en el caso en que el arrendatario ya dispone del bien arrendado, es interesante comprobar cómo el DCFR resuelve la cuestión dependiendo de si el arrendatario ya ha tomado posesión del bien (en la normativa específica del contrato de arrendamiento) o todavía no lo ha hecho (contemplado en la normativa general sobre pretensión de cumplimiento).

En primer lugar, cuando el arrendatario no ha tomado todavía el control sobre el bien arrendado y resulta evidente que no está dispuesto a hacerlo, se aplican las normas generales del DCFR sobre el derecho a reclamar el cumplimiento en obligaciones pecuniarias. Según estas normas, el arrendador podrá, como regla general, exigir el pago de la renta (y, por tanto, el cumplimiento del contrato) durante todo el periodo del arrendamiento [III.3:301 (1) DCFR]. No obstante, el III.-3.301 (2) DCFR establece dos excepciones a la regla general:

«Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:

(a) the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or

(b) performance would be unreasonable in the circumstances.»¹³³

La aplicación de esta norma al contrato de arrendamiento significa que, cuando resulta evidente que el arrendatario no va a estar dispuesto a recibir el bien, el arrendador no puede exigir el pago de la renta si puede llevar a cabo una transacción sustitutiva (normalmente, un nuevo arrendamiento) sin un esfuerzo o gasto significativos¹³⁴. Tampoco puede exigir el pago de la renta si esto no resulta razonable atendiendo a las circunstancias.

En segundo lugar, y ya en el marco exclusivo del contrato de arrendamiento, el IV. B.-6:101 (1) DCFR establece un límite al derecho del arrendador a exigir el pago de la renta en el supuesto en el que el arrendatario ya tiene el control del bien arrendado. En este caso, si el arrendatario desea restituirlo anticipadamente y, dadas las circunstancias, resulta razonable que el arrendador acepte la devolución, el arrendador no puede exigir el pago de la renta:

«Where the lessee has taken control of the goods, the lessor may not enforce payment of future rent if lessee wishes to return the goods and it would be reasonable for the lessor to accept their return.»¹³⁵

Para determinar cuándo es razonable que el arrendador acepte la devolución de los bienes hay que tener en cuenta las circunstancias del caso: el tipo de bienes arrendados, la proporción del tiempo de arrendamiento pactado, la situación de las partes (si el arrendador es profesional es más fácil que acepte devolución de los

¹³³ El artículo 9:101(2) PECL también admite que el acreedor no pueda exigir el pago cuando todavía no haya cumplido su obligación y es claro que el deudor no estará dispuesto a recibir el cumplimiento y pueda realizar una operación de reemplazo razonable sin un esfuerzo o gasto significativo; así como cuando su exigencia sería irrazonable dadas las circunstancias. LANDO/BEALE, 2000, pp. 391 a 393.

¹³⁴ El arrendador tiene derecho a que se le cubran los gastos razonables.

¹³⁵ Los Principles of European Law. Lease of Goods (2008) contemplaban ambos supuestos en el artículo 6:103 PEL LG:

«Right to enforce performance of monetary obligations

(1) *The lessor is entitled to recover payment of rent and other sums due.*

(2) *Where the lessor has not yet made the goods available to the lessee and it is clear that the lessee will be unwilling to take control of the goods, the lessor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:*

(a) the lessor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or

(b) performance would be unreasonable in the circumstances.

(3) *Where the lessee has taken control of the goods, the lessor may recover payment of any sums due under the contract. This includes future rent, unless the lessee wishes to return the goods and it would be reasonable in the circumstances for the lessor to accept their return».*

bienes y los vuelva a arrendar; pero habrá casos en los que aceptar la devolución de los bienes anticipadamente no sea razonable)¹³⁶.

Si bien tanto el III.-3:301 (2) como el IV. B.-6:101 DCFR plantean un límite a la pretensión del arrendador de cumplimiento de la obligación de pagar las rentas futuras, este hecho no impide que reclame una indemnización de los daños y perjuicios. Así lo establecen expresamente el III.-3:303 DCFR y el IV. B.-6:101 DCFR (2). Este último precepto declara:

*«The fact that a right to enforce specific performance is excluded under paragraph (1) does not preclude a claim for damages.»*¹³⁷

Precisamente, la razón de permitir al arrendatario no recibir los bienes o devolverlos cuando, dadas las circunstancias, es razonable que el arrendador los retenga o acepte su devolución es que, en estos casos, por una parte, el arrendador puede ahorrar costes, al no llevar a cabo el cumplimiento, y, por otra, que el pago de la renta puede ser liquidado de una vez como indemnización de daños en lugar de cumplimiento futuro¹³⁸.

Esta indemnización debe poner al arrendador lo más próximo posible a la situación en la que se encontraría si se hubiese ejecutado el contrato, lo que lleva a tener en cuenta tanto las pérdidas sufridas como las ganancias no obtenidas (III.-3:702 DCFR)¹³⁹. Si el arrendador llega a celebrar un nuevo arrendamiento, se entiende que deja de existir la pérdida de beneficios¹⁴⁰, siempre que la nueva renta sea idéntica a la del primitivo contrato. Si la renta del nuevo contrato es inferior a la del primitivo, el arrendador tiene derecho a

¹³⁶ LILLEHOLT, 2008, pp. 263 y 264. Este precepto se ilustra con dos ejemplos: En el primero de ellos, X reside en el Pireo y trabaja para la empresa Z, que lo destina a trabajar durante un año en la sucursal que tiene en Noruega. X es propietario de un barco y se lo arrienda a Y durante el año que va a estar fuera. Después de un par de meses, Y se cansa de los mareos que sufre en el barco y quiere devolverlo. X ya no dispone de un sitio para amarrar el barco en el puerto y en esta época del año es difícil encontrar un nuevo arrendatario. En estas circunstancias, tiene sentido que X pueda seguir exigiendo el pago mensual de la renta según el contrato.

En el segundo ejemplo, X arrienda un caballo para unas vacaciones de cuatro semanas. Transcurrida una semana, X cae enfermo y no está en condiciones de montar el caballo ni de cuidarlo. En estas circunstancias, puede tener sentido que al arrendador Y, cuya actividad es el alquiler de caballos, se le exija que acepte la devolución del caballo y reclame una indemnización por daños y perjuicios en lugar de la renta semanal.

¹³⁷ En el mismo sentido se pronuncia el art. 9:103 PECL.

¹³⁸ LILLEHOLT, 2008, pp. 263 y 264.

¹³⁹ III.-3:702 DCFR: «General measure of damages

The general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived».

Vid. art. 7.4.2. PICC (2016) y art. 9:502 PECL.

¹⁴⁰ Vid. LILLEHOLT, 2008, p. 264.

recuperar la diferencia entre lo que habría cobrado con el contrato primitivo y lo que va a recibir en función del negocio sustitutivo, además de los daños por cualquier otra pérdida (III.-3:706 DCFR):

«Substitute transaction.

A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss.»

Solución que coincide con lo previsto en el artículo 75 CISG, para el contrato de compraventa internacional, y en los artículos 7.4.6 PICC (2016) y 9:507 PECL para todo tipo de contratos.

En el caso de que el arrendador no celebre un negocio de reemplazo, el III.-707 DCFR le permite exigir como daño la diferencia entre la «renta corriente» en el momento de la resolución del contrato y la prevista en el contrato resuelto, además de cualquier otro daño que haya sufrido:

«Current price.

Where the creditor has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance, the creditor may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the contract price and the price current at the time of termination as well as damages for any further loss.»

Esta misma solución la contempla el artículo 76 CISG (para el contrato de compraventa) y los artículos 7.4.6 PICC (2016) y 9:507 PECL para todo tipo de contratos. Así, en el caso de que la parte perjudicada haya resuelto el contrato y no haya efectuado una operación de reemplazo, estos textos facilitan la prueba del daño permitiéndole exigir la diferencia de precio entre el precio del contrato y el precio corriente, además del resarcimiento de cualquier otro daño¹⁴¹.

Por último, en la determinación de la cuantía de la indemnización se aplica la regla sobre la reducción de la pérdida¹⁴², de tal forma que el arrendatario no responde de los daños sufridos por el

¹⁴¹ Sobre el momento más idóneo para calcular los daños por renuncia anticipada al contrato, *vid.* SCOTT y KRAUS, 2013, pp. 801 y ss, aunque referido al supuesto de *anticipatory repudiation*.

¹⁴² LILLEHOLT, 2008, p. 264.

arrendador en la medida en que hubiera podido reducirlos adoptando medidas razonables (III.-705 DCFR)¹⁴³.

3. REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LAS PROPUESTAS

La PMCC, seguida en este punto por la PCC, plantea dos ventajas relevantes respecto de la situación actual del Código civil, centradas en el remedio indemnizatorio. Así, en primer lugar, la PMCC establece, aunque de forma muy somera, la manera de probar el lucro cesante, en el sentido de no exigir certeza absoluta sobre su existencia, bastando la probabilidad razonable del mismo según el curso normal de los acontecimientos. En segundo lugar, positiviza el deber de mitigar el daño y las consecuencias de su incumplimiento respecto del daño indemnizable. Con ello se consigue una plasmación legal de las soluciones actualmente vigentes.

Ello lleva a sostener que, según estos textos, para la cuantificación del lucro cesante por rentas dejadas de percibir, hay que estar, como hasta ahora, a las circunstancias concretas y determinar los daños en función de lo que suceda tras el incumplimiento. El arrendador tiene a carga de probar la existencia de daños y su alcance. Y el arrendatario tiene que demostrar que la cuantía de la indemnización debe reducirse, si en el caso concreto el arrendador no ha procedido a adoptar las medidas que eran exigibles, atendidas las circunstancias, para mitigar los daños.

Es importante tener en cuenta que, de forma consciente, las propuestas se apartan de las soluciones que contemplan los textos sobre contratos que tuvieron en cuenta en el momento de su elaboración: la CISG, los PICC y los PECL, así como el DFCR solo en el caso del PCC. A diferencia de lo que sucede en estos textos, la PMCC y el PCC optan por no incorporar unas normas específicas sobre presunción de daños y determinación de una cuantía mínima del daño en caso de operación de reemplazo, o en caso de que no se realice la operación de reemplazo, pero exista un precio de mercado. Si bien en el caso de que el arrendador celebre un nuevo arrendamiento, la solución a la que lleva la PMCC no difiere de la

¹⁴³ III.-3:705 DCFR: «Reduction of loss

(1) *The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.*

(2) *The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss».*

Vid. Art. 7.4.8 PICC (2016) y art. 9:505 PECL.

contemplada por los textos mencionados, puesto que en ambos casos el arrendador tiene derecho a la diferencia existente entre la renta del contrato resuelto y la del nuevo contrato (en el caso de que esta última sea inferior), sin embargo, cuando el arrendador no ha realizado un arrendamiento de reemplazo, en ausencia de criterios legales para cuantificar el daño, en la PCC hay que estar en todo caso a la prueba de los daños producidos y a la incertidumbre respecto a los criterios que empleará el tribunal según la situación (venta del inmueble, explotación por el arrendador, mantenimiento del inmueble desocupado...). Frente a ello, los textos analizados simplifican la solución, puesto que establecen un criterio similar para todos estos casos que presume el daño, facilitando su prueba al arrendador, sin necesidad de atender a lo que efectivamente ha sucedido. Según estos textos, se presume que, tras la resolución del arrendamiento, el daño provocado por el incumplimiento se materializa en la diferencia que hay entre la renta de mercado y la renta prevista en el contrato resuelto en el momento de producirse la resolución. La aplicación de un criterio de este tipo supone realizar un cálculo abstracto del daño y cuantificar el beneficio que le reporta la restitución del bien y su disfrute por él mismo, sin necesidad de que demuestre que efectivamente ha sufrido este daño¹⁴⁴. Ello permite al arrendatario hacer un cálculo *ex ante* del coste de su incumplimiento¹⁴⁵. Este criterio no es totalmente ajeno a nuestro Derecho, pero su ámbito de reconocimiento se limita al contrato de compraventa internacional de mercaderías, en los supuestos contemplados en el artículo 76 CISG, cuando la parte que ha declarado la resolución del contrato de compraventa no ha efectuado un negocio de reemplazo¹⁴⁶. Sin embargo, tratándose del contrato de arrendamiento, para terminar de calcular la indemnización es necesario tener en cuenta que el arrendador ha recuperado el bien de forma anticipada y con ello la opción de volver a disponer de él.

¹⁴⁴ MCKENDRICK, 2015, p. 1003.

¹⁴⁵ Esta forma de aproximarse a la cuantificación del daño conecta con los denominados *market damages* en la literatura norteamericana, entendidos como la diferencia entre la renta de mercado en el momento del incumplimiento y la renta pactada en el contrato (SCHWARTZ y SCOTT, *Columbia Law Review*, 2008, p. 1667). A juicio de estos autores, atender a los *market damages* constituye la mejor manera de compensar, por defecto, los daños, siempre que exista un mercado para ello. Esta forma de cuantificar los daños protege el interés de la expectativa de las partes al contratar, al mismo tiempo que se maximiza que las partes contraten de manera eficiente (pp. 1663 ss.).

Además, como señala SCOTT (*Chicago Law Review*, 1990, p. 1201), los daños quedan fijados *ex ante*, en el momento de celebración del contrato independientemente de la cuantía de los mismos y de lo que pueda acontecer posteriormente y no *a posteriori*, considerando otras circunstancias conocidas después.

¹⁴⁶ En contra de su incorporación a nuestro Derecho, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 1743.

Por último, merece una reflexión la forma en la que la PMCC, con carácter general, y la PCC, para el contrato de arrendamiento, afrontan los casos en los que el arrendatario de un bien mueble no desea o no puede continuar con el contrato. Siguiendo con la tradición de nuestro Derecho, el artículo 1192 PMCC no sujeta a ningún límite la pretensión de cumplimiento del pago de la renta, como obligación pecuniaria¹⁴⁷:

«El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento.»

Por tanto, del tenor literal del precepto se podría concluir inicialmente que el arrendador tiene siempre derecho a mantener el contrato y a exigir el cumplimiento de la obligación de pagar las rentas según se vayan devengando. Sin embargo, si, tal y como se ha sostenido, la expresión «en todo caso» tiene que ver con la imposibilidad objetiva de cumplir en la moneda pactada y con la imposibilidad subjetiva del deudor, cabría plantear la posibilidad de contemplar ciertos límites, aunque con el serio obstáculo de carecer de un apoyo legal expreso.

Frente a ello, los textos internacionales analizados han considerado razonable limitar expresamente el derecho del arrendador a exigir el pago de la renta y sustituirlo por una indemnización de daños y perjuicios en determinadas circunstancias. La redacción dada a la pretensión de cumplimiento en las propuestas merece una reflexión. A diferencia de lo que sucede en el contrato de compraventa, donde si el comprador pierde el interés en el bien adquirido puede revenderlo (colocarlo de nuevo en el mercado), en el arrendamiento, si el arrendatario pierde el interés en usar el bien, por regla general, no puede subarrendar.

¹⁴⁷ FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1499. Es lo que sucede en el ámbito de los PICC, cuyo artículo 7.2.1 declara: «Cumplimiento de obligaciones dinerarias. Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago». Aunque este precepto acoge el principio generalmente aceptado de que el pago de una obligación dineraria siempre podrá ser reclamado, sin embargo, se admite excepcionalmente que pueda excluirse el derecho a reclamar el pago del precio de las mercaderías que han de ser entregadas o de los servicios que han de ser prestados. En los comentarios se pone como ejemplo el supuesto que se presenta cuando no se han ejecutado las prestaciones en el contrato de compraventa; en particular, cuando los usos comerciales exigen al vendedor que efectúe una reventa de aquellas mercaderías no aceptadas ni pagadas por el comprador. (Principios UNIDROIT (2016), p. 263). Según afirma SCHELHAAS (2015, pp. 885 y 886) no hay más excepciones al derecho a reclamar el pago que la apuntada en el comentario (cfr. III.-3:301 DCFR).

V. CONCLUSIÓN: «*IF IT'S NOT OKAY, IT'S NOT THE END*»

Llega el momento de responder a la cuestión sobre si podemos considerar que hemos llegado al «final» y dar por solventado el problema del cálculo del lucro cesante por las rentas dejadas de percibir cuando el contrato finaliza anticipadamente porque el arrendatario restituye el bien arrendado. En mi opinión, la respuesta es que no, que todavía queda algo de camino por recorrer.

En primer lugar, no cabe duda de que, en caso de resolución del contrato por restitución anticipada del inmueble, el arrendador tiene derecho a que se le indemnicen los daños que se le ocasionan por no haber respetado el tiempo de duración del contrato. Entre estos daños se encuentra la pérdida de las rentas que tenía previsto percibir, entendidas como beneficio que esperaba obtener del contrato (lucro cesante). Aunque tradicionalmente, en atención a normas especiales de arrendamientos urbanos, estos daños se identificaron inicialmente con el importe íntegro de las rentas dejadas de percibir (salvo que el arrendador hubiera celebrado un nuevo contrato de arrendamiento sobre el bien inmueble), es necesario realizar un cálculo más preciso de dicho lucro.

El Código civil no establece criterios para la valoración de esta partida indemnizatoria. Ante la ausencia de criterios legales, la jurisprudencia ha procedido con discrecionalidad, lo que no ha favorecido la seguridad jurídica, y existen discrepancias importantes respecto a cómo se debe cuantificar el lucro cesante por rentas dejadas de percibir. Para efectuar una cabal cuantificación del lucro cesante es necesario calcular el beneficio neto que esperaba recibir el arrendador (esto es, restar al importe de las rentas futuras los gastos que habría tenido que realizar el arrendador para dar cumplimiento al contrato y que se ahorra como consecuencia de la resolución). A ello hay que descontar los beneficios que el arrendador ha obtenido como consecuencia de haber recuperado la disponibilidad del bien. Atendiendo a lo sucedido tras la resolución, si ha procedido a celebrar un nuevo arrendamiento por una renta igual o superior a la prevista en el contrato resuelto, con independencia de la existencia de otros daños resarcibles, no hay lucro cesante por rentas dejadas de percibir. Si la renta del nuevo contrato es inferior a la prevista en el contrato resuelto, tiene derecho a que se le indemnice la diferencia entre ambas rentas el tiempo que hubiese durado el contrato resuelto. Si entre la resolución del primitivo contrato y la celebración de un nuevo arrendamiento ha transcurrido un tiempo razonable, el arrendador tiene derecho al beneficio

neto correspondiente a las rentas dejadas de percibir el tiempo que el inmueble estuvo desocupado.

En el caso de que el arrendador no haya efectuado un arrendamiento de cobertura, en este trabajo se ha defendido que, en ausencia de criterios legales especiales, hay que estar a la situación creada y a los daños que efectivamente ha sufrido el arrendador (según haya procedido a la venta del inmueble, haya optado por explotarlo él mismo, el inmueble se haya destruido o bien haya permanecido desocupado o permanece desocupado, pero queda tiempo de contrato y es posible que se arriende en ese tiempo).

Las propuestas de reforma del Código civil incluyen ciertos avances en el remedio indemnizatorio. Por un lado, reconocen claramente la partida del lucro cesante y su composición y, por otro, proceden a la plasmación legal del deber de mitigar el daño que corresponde al contratante que sufre un incumplimiento. Sin embargo, siguen sin incluir criterios claros para calcular el importe del lucro cesante. Esta falta de previsión legal plantea problemas cuando el arrendador no ha procedido a celebrar un nuevo arrendamiento, pues se mantiene la incertidumbre que existe actualmente sobre cómo se debe proceder. Han optado por descartar la opción de incluir un criterio de mercado para llevar a cabo un cálculo del daño cuando el acreedor no haya celebrado un negocio de cobertura, por lo que habrá que estar a una determinación *ex post* de los daños causados y a su prueba concreta por el arrendador. Todavía se está a tiempo de reflexionar y repensar esta decisión y plantear la posibilidad de que, al menos cuando se trate de profesionales y exista mercado, se cuantifique el daño atendiendo al precio de mercado en comparación con el precio del contrato, con independencia de lo que suceda tras el incumplimiento. Una solución de este tipo facilita al arrendador la prueba del daño y permite a las partes calcular *ex ante* el coste del incumplimiento.

En segundo lugar, aunque la regla general debe seguir siendo que, ante el incumplimiento del arrendatario, el arrendador puede optar por mantener el contrato y exigir el pago de las rentas, me parece oportuno plantear que, en determinadas circunstancias, cuando el arrendatario ha restituido el inmueble y resulta evidente que no puede seguir explotando el inmueble, el arrendador no pueda exigir el cumplimiento del contrato y deba admitir la devolución anticipada del inmueble arrendado; eso sí, reclamando, a través de la indemnización de daños y perjuicios, entre otros, los daños ocasionados como consecuencia de la pérdida de las rentas futuras. Es cierto que la PMCC no va en esta línea y que tampoco lo hace la PCC en la regulación del contrato de arrendamiento,

pero las soluciones propuestas en el DCFR para el arrendamiento de bienes muebles pueden servir de inspiración en aquellos casos en los que no tiene sentido mantener el contrato¹⁴⁸; sobre todo, teniendo en cuenta que el arrendador ve resarcidos los daños que le ocasiona su finalización anticipada. Esta excepción a la regla general debería aplicarse con cautela, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes: situación personal de las partes (comportamiento del arrendatario que pretende la devolución bien, carácter profesional o no del arrendador), tiempo que resta de contrato, viabilidad de celebrar un negocio de sustitución..., y solo cuando mantener el contrato resulte excesivo e irrazonable¹⁴⁹. De hecho, existen decisiones jurisprudenciales que van en esta dirección como, por ejemplo, la STS de 12 de noviembre de 2009¹⁵⁰.

Cuando todas estas cuestiones estén claramente resueltas, podremos decir que hemos llegado al final.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «El Tribunal Supremo insiste: No hay desistimiento en los arrendamientos para uso distinto de vivienda. Comentario a la STS de 3 de octubre 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2018, pp. 257 a 277.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel: «Jurisprudencia de la Sala Primera sobre la moderación de las cláusulas penales de los arrendamientos para uso distinto de vivienda», *Diario La Ley*, 27 de junio de 2022, 12 pp.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021 (versión electrónica).
- «Artículo 11: Desistimiento del contrato», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013 (Actualizar con 7.^a ed. 2020).

¹⁴⁸ Sobre los inconvenientes de insistir en el cumplimiento, *vid.* CARRASCO PERERA, AJA, 2005, pp. 10 a 13 y ÁLVAREZ LATA, CCJC, 2018, p. 273.

¹⁴⁹ ÁLVAREZ LATA (CCJC, 2018, pp. 274 a 277) apoya esta solución en el marco del actual Código civil. GONZÁLEZ MALABIA y TENT ALONSO contemplan esta solución, aunque de una forma mucho más general y no como un supuesto excepcional (*Dereito*, 2010, pp. 17 y 128 y nota al pie 25).

¹⁵⁰ STS 749/2009, de 12 de noviembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D: Xavier O'Callaghan Muñoz. A pesar de que la pretensión principal del arrendador era la de exigir el cumplimiento del contrato y el abono de las rentas, el tribunal optó por declarar la resolución del contrato sin ofrecer explicaciones respecto. Lo cierto es que no se había llegado a entregar el bien arrendado, el arrendatario había manifestado su intención de no explotarlo, restaban veinticinco años de contrato y el arrendador tenía expectativas razonables de volver a poner en el mercado el bien para su aprovechamiento (más detalles sobre esta sentencia, *supra* III.2.4).

- CARRASCO PERERA, Ángel: «Arrendamientos urbanos de local de negocio: duración. Reclamación de rentas pactadas. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2005, pp. 603 a 620.
- «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677/2005 (versión electrónica).
- «Comentario del artículo 1106 CC», en ALBADALEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 al 1124 del Código civil, ed. Edersa, Madrid, 1989, pp. 666-709.
- CLEMENTE MEORO, Mario: «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, mayo 2011, 16 pp.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN DE DERECHO CIVIL): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1985. Incumplimiento de contrato; resolución; indemnización de daños y perjuicios. Cláusula penal. Fianza; beneficio de excusión; extinción por novación o prórroga de la obligación principal», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, pp. 2949 ss.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, pp. 1481 a 1685.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, 49 pp.
- *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *Anuario de Derecho Civil*, 2014, pp. 1999 a 1252.
- GONZÁLEZ MALABIA, Sergio y TENT ALONSO, Pedro: «Criterios para la determinación de la indemnización en el arrendamiento de finca urbana: las rentas futuras no devengadas», *Dereito: revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2010, pp. 99 a 130.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Artículo 11. Derecho de desistimiento», en Fernando CRESPO ALLUÉ y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 2014 (versión electrónica).
- JORDANO FRAGA, Francisco: «Comentario a la STS de 23 de octubre de 1990. Caso fortuito o incumplimiento de una obligación recíproca en un contrato sinalagmático. Indemnización en caso de resolución contractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, pp. 1097 a 1114.

- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (ed.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, Países Bajos, 1999.
- LILLEHOLT, Kåre (prepared by): *Principles of European Law – Lease of Goods (PEL LG). Study Group on a European Civil Code*, Sellier, Múnich, 2008.
- MCKENDRICK, Ewan: «Article 7.4.5», en Stefan VOGENAUER (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 997 a 1001.
- «Article 7.4.6», en Stefan VOGENAUER (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1002 a 1004.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 17 a 54.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Comentario a la STS de 28 de febrero de 1996. Desistimiento del contrato de arrendamiento de local por el arrendatario antes del plazo pactado», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1996, pp. 803 a 812.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio: desistimiento unilateral; cuantía de la indemnización: lucro cesante. Comentario a la STS de 12 de noviembre de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, pp. 1551 a 1568.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, 1989, pp. 1143 a 1168.
- «Las nuevas bases de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1719 a 1745.
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: «La indemnización del lucro cesante», *Revista de Derecho Privado*, 2019, pp.75 a 104.
- PÉREZ GURREA, Rosana, «Desistimiento unilateral del arrendatario de local de negocio y cláusula penal a propósito de la STS de 18 de marzo de 2016», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2016, pp. 2281 a 2297.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret*, 2015, 63 pp.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma funcional*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- SÁENZ DE JUREBA HIGUERO, Beatriz: «Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, pp. 533 a 548.
- SCHELHAAS, Harriet: «Article 7.2.1 PICC», en Stefan VOGENAUER (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 884 a 887.
- SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E.: «Market damages, efficient contracting, and the economic waste fallacy», *Columbia Law Review*, 2008, pp. 1611 a 1667.
- SCOTT, Robert E.: «The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle », *University of Chicago Law Review*, 1990, pp. 1155 a 1202.
- SCOTT, Robert E. Y KRAUS, Jody S.: *Contract Law and Theory*, 5.ª ed., Lexis Nexis 2013.

- SOLER PRESAS, Ana: «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret*, 2009, 32 pp.
- *La valoración del daño en la compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS (1.ª) de 15 de noviembre de 1994», *Anuario de Derecho civil*, 1995, pp. 951 a 969.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE: *Principles of European Law. Lease of Goods (PEL LG)*, preparado por Kåre LILLEHOLT, Anders VICTORIAN, Andreas FÖTSCHL, Berte-Elen R. KNOW, Andreas MEIDELL y Amund BJØRANGER TØRUM, Sellier, Múnich, 2008.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Christian VON BAR, Eric CLIVE y Hans SCHULTE-NÖLKE (eds.) y Hugh BEALE, Johny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paula VARUL, Anna VENEZIANO y Fryderick ZOLL (eds.), *Outline Edition*, Sellier, Múnich, 2009.
- TORAL LARA, Estrella: «Consecuencias derivadas del desistimiento anticipado del arrendatario, no pactado ni aceptado por el arrendador, en el arrendamiento de local de negocio. Comentario a la STS de 3 de octubre 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2018, pp. 279 a 315.
- UNIDROIT (INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016*, Roma, 2018.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por ejercicio, por el arrendatario, de la facultad que le confiere el artículo 56 LAU. Comentario a la STS de 3 de julio de 1990», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, pp. 773 a 782.
- VON BAR, Christian, CLIVE, Eric y SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prepared by the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and the RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Outline Edition*, Sellier, Múnich, 2009.

LISTADO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 15 de junio de 1993: STS 598/1993, de 15 de junio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Morales Morales. ROJ: STS 17617/1993.
- STS de 28 de febrero de 1995: STS 179/1995, de 28 de febrero (Sala 1.ª de lo Civil); Ponente: D. Teófilo Ortega Torres. ROJ: STS 1157/1995.
- STS 25 de enero de 1996: STS 21/1996, de 25 de enero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. ROJ: STS 373/1996.
- STS de 17 de octubre de 1998: STS 957/1998, de 17 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Alfonso Villagómez Rodil. ROJ: STS 5959/1998.
- STS 23 de mayo de 2001: STS 490/2001, de 23 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Romero Lorenzo. ROJ: STS 4303/2001.
- STS de 15 de julio de 2002: STS 744/2002, de 15 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Jesús Corbal Fernández. ROJ: STS 5305/2002.
- STS de 20 de mayo de 2004: STS 388/2004, de 20 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Antonio Romero Lorenzo. ROJ: STS 3484/2004.
- STS de 15 de diciembre de 2004: STS 1187/2004, de 15 de diciembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Marín Castán. ROJ: STS 8116/2004.

- STS de 3 de febrero de 2006: STS 72/2006, de 3 de febrero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Jesús Corbal Fernández. ROJ: STS 461/2006.
- STS de 7 de junio de 2006: STS 582/2006, de 7 de junio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. ROJ: STS 3283/2006
- STS de 30 de abril de 2007: STS 477/2007, de 30 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. ROJ: STS 2429/2007.
- STS de 30 de octubre de 2007: STS 1141/2007, de 30 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Antonio Salas Carceller. ROJ: STS 6935/2007.
- STS de 2 de octubre de 2008: STS 909/2008, de 2 de octubre (Sala 1.ª de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. ROJ: STS 4941/2008.
- STS de 4 de marzo de 2009: STS 155/2009, de 4 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana. ROJ: STS 930/2009.
- STS de 12 de noviembre de 2009: STS 749/2009, de 12 de noviembre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz. ROJ: STS 7118/2009.
- STS de 18 de marzo de 2010: STS 186/2010, de 18 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Román García Varela. ROJ: STS 1137/2010.
- STS de 9 de abril de 2012: STS 221/2012, de 9 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Juan Antonio Xiol Rios. ROJ: STS 6120/2012.
- STS de 8 de octubre de 2013: STS 569/2013, de 8 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo. ROJ: STS 4938/2013.
- STS de 29 de mayo de 2014: STS 300/2014, de 29 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz. ROJ: STS 2644/2014.
- STS de 24 de febrero de 2015: STS 63/2015, de 24 de febrero (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo. ROJ: STS 1078/2015.
- STS de 18 de marzo de 2016: STS 183/2016, de 18 de marzo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ROJ: STS 1210/2016.
- STS de 13 de septiembre de 2016: STS 530/2016, de 13 de septiembre (Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno); Ponente: D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto. ROJ: STS 4044/2016.
- STS de 16 de mayo de 2017: STS 297/2017, de 16 de mayo (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ROJ: STS 1891/2017.
- STS de 3 de octubre de 2017: STS 539/2017, de 3 de octubre (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ROJ: STS 3375/2017.
- STS de 3 de abril de 2018: STS 179/2018, de 3 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán. ROJ: STS 1230/2018.
- STS de 23 de julio de 2018: STS 481/2018, de 23 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. ROJ: STS 2800/2018.
- STS de 12 de abril de 2021: STS 193/2021, de 12 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán. ROJ: STS 1282/2021.
- STS de 5 de julio de 2021: STS 485/2021, de 5 de julio (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: D. José Luis Seoane Spielberg. ROJ: STS 2702/2021.
- STS de 20 de abril de 2022: STS 317/2022, de 20 de abril (Sala Primera, de lo Civil); Ponente: Dña. María de los Ángeles Parra Lucán. ROJ: 1552/2022.

Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad*

AURORA LÓPEZ AZCONA
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El presente trabajo pretende poner de manifiesto el complejo panorama generado en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio en materia de discapacidad por la aprobación de la Ley estatal 8/2021. El problema se plantea fundamentalmente en Aragón y Cataluña, por cuanto disponen en sus respectivos Códigos (Código de Derecho Foral de Aragón y Código civil de Cataluña) de un régimen completo sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad, cumplimentado por un régimen específico sobre capacidad por razón de discapacidad. Pero también en Navarra, desde el momento en que en 2019 su legislador dio entrada en su Fuero Nuevo a ciertas previsiones en materia de discapacidad, a la par que manifestó su voluntad de abordar ad futurum un tratamiento integral de la materia. En particular, dos son los interrogantes planteados: primero, qué Derecho civil y procesal civil es aplicable a estas Comunidades en el momento presente; y segundo, si sus Derechos son acordes a la Convención NU 2006 o, por el contrario, se impone su revisión. A dar respuesta a los mismos se dedican las siguientes líneas, centrandose especialmente nuestra atención en el Derecho civil aragonés.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad. Capacidad jurídica. Ejercicio de la capacidad jurídica. Apoyos. Convención NU 2006. Derechos civiles territoriales. Derecho civil aragonés.

* Trabajo realizado en el marco del Grupo S15_R20 de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés, reconocido y financiado por el Gobierno de Aragón, y cerrado a fecha de 24 mayo 2022.

Territorial civil rights in the face of Law 8/2021 on disability reform

ABSTRACT

This paper aims to bring to light the complex panorama generated in the Autonomous Communities with their own civil law on disability as established by Law 8/2021. The problem arises especially in Aragon and Catalonia, as they have in their respective Codes (Code of Aragon Foral Law and Civil Code of Catalonia) a complete regime on supportive measures for persons with disabilities, which are complemented by a specific regime on capacity on the grounds of disability. This also applies to Navarre from the moment that in 2019 its legislator included certain provisions on disability in its New Charter, while at the same time expressed its willingness to deal with disability by means of a comprehensive treatment in the future. Specifically, two are the questions posed: first, which civil and civil procedural law is applicable to these Communities at the present time; and second, whether their rights are in line with the 2006 UN Convention or, on the contrary, they need to be revised. The following lines are dedicated to answering these questions, with special attention to Aragonese civil law.

KEY WORDS

Disability. Legal capacity. Exercise of legal capacity. Supports, self-government. 2006 United Nations Convention. Civil territorial laws. Aragonese civil law.

SUMARIO: I. «La necesaria adecuación de los Derechos civiles territoriales a la Convención NU 2006 y la incidencia de la Ley estatal 8/2021 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.» 1. Previo. 2. La situación del Derecho civil catalán. 3. ¿Hacia un nuevo Derecho civil navarro en materia de discapacidad?—II. «El Derecho civil aragonés, en especial.» 1. La compleja situación generada en la Comunidad Autónoma de Aragón tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. 2. Sobre la adecuación a la Convención NU 2006 del vigente sistema aragonés de apoyo de las personas con discapacidad. 2.1 La tradicional distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. 2.2 La «incapacitación» y consiguiente sujeción a las instituciones tutelares. 2.3 La naturaleza mixta (representativa/asistencial) del sistema tuitivo vigente. 2.4 El defensor judicial y la guarda de hecho como medidas de apoyo complementarias. 2.5 Las medidas voluntarias de apoyo. 2.5.1 La delación voluntaria. 2.5.2 El mandato de apoyo. 2.6 Conclusión final. 3. Consideraciones *de lege ferenda* para una eventual reforma del sistema tuitivo aragonés de las personas con discapacidad. 3.1 Respecto de la capacidad de las personas con discapacidad. 3.2 En relación al consentimiento informado y al internamiento involuntario. 3.3 A propósito de las medidas de apoyo. 3.3.1 Sobre la necesidad de repensar el término «apoyo» e incorporar los apoyos informales. 3.3.2 Sobre las medidas voluntarias de apoyo. 3.3.3 Sobre las medidas judiciales de apoyo. 3.3.4 Sobre la guarda de hecho.— Bibliografía.— Documentación complementaria.— Anexo jurisprudencial.

I. LA NECESARIA ADECUACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES A LA CONVENCIÓN NU 2006 Y LA INCIDENCIA DE LA LEY ESTATAL 8/2021 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

1. PREVIO

No puede iniciarse este trabajo sin poner de manifiesto el complejo panorama generado en las Comunidades Autónomas con regulación propia en materia de discapacidad, especialmente para los operadores jurídicos, por la aprobación y ulterior entrada en vigor de la Ley 8/2021. Parece así que, cuando el legislador estatal acometió la reforma de la discapacidad –por lo demás, muy necesaria–, olvidó que una de las singularidades del Estado español viene dada por la existencia de una pluralidad de Derechos civiles y que, además, ésta se encuentra avalada por el artículo 149.1.8 CE; precepto que ciertamente es mencionado por la Disposición Final 2.^a de la Ley 8/2021 relativa a los títulos competenciales, pero sin dejar a salvo, a diferencia de lo sucedido con otras leyes civiles estatales, la competencia en materia de conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio¹.

Sucede, además, que la reforma estatal ha sido muy ambiciosa, por cuanto no se ha limitado a reformar el sistema tuitivo de las personas con discapacidad contemplado en el Código civil, sino que ha revisado el tratamiento que dicho cuerpo legal dispensaba a la discapacidad en sus restantes sedes normativas. Por añadidura, ha modificado otras leyes extracodiciales, entre otras, principalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria a fin de sustituir el anterior proceso de incapacitación por el de provisión de medidas judiciales de apoyo, pero también la Ley del Notariado, la Ley de Registro Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad². Todo ello con el loable objetivo de adecuar el régimen jurídico privado español en materia de discapacidad a la Convención sobre los

¹ Se refieren, igualmente, a esta falta de sensibilidad por parte del legislador estatal hacia los Derechos civiles territoriales MAYOR DEL HOYO, 2020, p. 231; BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 154; FONT I SEGURA, 2021, pp. 4-5 y 10; y CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 28.

² Destacan, asimismo, este extremo MAYOR DEL HOYO, 2020, p. 199; BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 146; y BARREDA HERNÁNDEZ, 2022, p. 67.

derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención NU 2006), pero quizá sin calibrar demasiado la incidencia de la reforma en los Derechos civiles territoriales.

Un factor de confusión añadido viene dado por la falta de coordinación existente en el Código civil a la hora de determinar la ley aplicable a esta materia. Así, mientras su artículo 9.6 ha sido reformado por la Ley 8/2021 para fijar como punto de conexión la residencia habitual a efectos de las medidas de apoyo para personas con discapacidad, su artículo 9.1 mantiene como punto de conexión, en materia de capacidad la nacionalidad (o vecindad civil *ex art. 16.1.1.º*) y su artículo 10.11, a efectos de representación, el lugar donde se ejerciten las facultades representativas³.

El problema apuntado se plantea fundamentalmente en las Comunidades Autónomas de Aragón y Cataluña, toda vez que en 2006 (Ley de Derecho de la Persona) y 2010 (Ley del Libro II Código civil de Cataluña) respectivamente, y en línea con su tradición jurídica, decidieron dotarse de un régimen completo sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad, cumplimentado por un régimen específico sobre capacidad por razón de discapacidad. Pero también en la Comunidad Foral de Navarra, desde el momento en que uno de los objetivos de la importante reforma que ha llevado a cabo de su Compilación o Fuero Nuevo en virtud de la Ley foral 21/2019 radica, según puede leerse en su Preámbulo, en la protección de todas las personas tanto en su individualidad como en sus relaciones jurídico-privadas «con especial atención a la discapacidad» (§ I), lo que se ha traducido, entre otras medidas, en la incorporación de las figuras de los poderes de apoyo y los patrimonios protegidos, pero ello sin descartar «una futura legislación especial que regule de manera completa la capacidad y contemple todas las figuras de apoyo» (§ III.2). No así tanto en los restantes Derechos civiles territoriales, ya que resulta dudoso que cumplan con la nota de la «conexión suficiente» que el Tribunal Constitucional requiere para su desarrollo⁴; ello sin perjuicio de los problemas de encaje que puede plantear la nueva legislación estatal con aquellas previsiones que contienen en materia de capacidad vinculadas a ciertas instituciones de índole familiar y sucesoria⁵.

³ Como advierten también MAYOR DEL HOYO, 2020, p. 215; y CALATAYUD SIERRA, en su conferencia *Reflexiones sobre la Ley 8 2/2021* pronunciada en el Colegio Notarial de Aragón en septiembre 2021 (inédita). Sobre los problemas derivados de esta falta de armonización puede verse DIAGO DIAGO, 2021, pp. 1-22; y FONT I SEGURA, 2021, pp. 14-19.

⁴ Así lo afirma URRUTIA BADIOLA, 2021, p. 7, en relación al Derecho civil vasco.

⁵ Como apunta URRUTIA BADIOLA, 2021, pp. 7-8.

Ante esta situación resulta ineludible formularse las siguientes preguntas: primera, ¿qué Derecho civil y, por extensión, qué Derecho procesal civil es aplicable en dichas Comunidades en el momento presente en materia de discapacidad?; y segunda, ¿se impone una revisión de los Derechos civiles territoriales en materia de discapacidad, como la acometida por el Derecho civil estatal?

A tratar dar respuesta a las mismas se dedican las siguientes líneas, centrando nuestra atención fundamentalmente en el Derecho civil aragonés, pero sin obviar la política legislativa emprendida en Cataluña y las perspectivas de futuro del Derecho civil navarro. Con todo, me permito ya adelantar cuál es mi posición al respecto. Así, en cuanto a la aplicabilidad de la reforma estatal a las Comunidades con Derecho civil propio, en particular a las de Aragón y Cataluña, creo que no puede cuestionarse que tales Comunidades se encuentran vinculadas por el nuevo proceso de apoyos incorporado a la legislación procesal civil⁶; no así, en cambio, por las modificaciones de índole sustantivo que ha introducido la Ley 8/2021 en el Derecho civil estatal, al menos como regla. En estrecha conexión con lo anterior, entiendo que se impone una revisión en profundidad de los Derechos civiles aragonés y catalán al objeto de su debida adecuación, no tanto a la reciente reforma estatal, sino fundamentalmente a las exigencias derivadas de la Convención NU 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad⁷. Ello exige a sus respectivos legisladores no sólo replantearse los actuales sistemas de protección de las personas con discapacidad formulados en sus Ordenamientos, poco acordes a la noción de apoyo que propugna la Convención, sino, en general, una adaptación de sus respectivos sistemas jurídicos en su conjunto al modelo de la discapacidad que subyace en el texto internacional, por cuanto su incidencia es indudable en la forma de actuar en las diversas relaciones jurídico-privadas de que se ocupan sus Códigos civiles, ya sean de índole personal, familiar, sucesoria o patrimonial⁸.

2. LA SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN

La actual regulación catalana trae causa de la Ley 25/2010 del Libro II del Código civil de Cataluña. Dicha Ley articuló un sistema tuitivo de las personas con discapacidad que, aunque pretendió ser respetuoso con los postulados de la —ya entonces ratificada por

⁶ A este respecto GARCIMARTÍN MONTERO, 2021, p. 48 se refiere al «ámbito estatal» de las reformas de la LJV y LEC.

⁷ Coincide en esta apreciación FONT I SEGURA, 2021, p. 4.

⁸ Como señala acertadamente GETE-ALONSO CALERA, 2020, pp. 15, 31 y 32.

el Estado español– Convención NU 2006⁹, lo cierto es que estuvo fuertemente condicionado por los planteamientos todavía imperantes en orden a la discapacidad y, en especial, por el instituto de la declaración judicial de incapacitación, pese a reconocer que se trataba de «un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida» (Preámbulo, § III.a). De este modo, según puede leerse en el Preámbulo, fueron incluidas en su Código diversas instituciones dirigidas a dar cumplimiento al principio de respeto a la autonomía de las personas con discapacidad y, por extensión, a su voluntad y preferencias: dos de ellas de alcance estrictamente jurídico, como son la delación voluntaria hecha por uno mismo (art. 222-4) y el poder preventivo (art. 222-2); y otra, dirigida fundamentalmente a potenciar su independencia económica, como son los patrimonios protegidos (arts. 227-1 a 227-9). Por su parte, el principio de proporcionalidad estuvo particularmente presente en la incorporación, en paralelo a las instituciones tutelares, de la oportuna figura de la asistencia, dirigida a prestar apoyo a aquellas personas que experimenten «una disminución no incapacitante de sus facultades psíquicas o físicas» que justifique la necesidad de tal apoyo, ya sea de índole personal o patrimonial. En tal caso, según se hacía constar en su régimen originario, podría nombrárseles judicialmente un asistente, a solicitud del propio interesado y con pleno respeto a su voluntad, a fin de «velar por su bienestar» y/o «intervenir» en actos de índole patrimonial (arts. 226-1 a 226-7)¹⁰. Otra opción de política legislativa dirigida a eludir la incapacitación tuvo que ver con la potenciación de la guarda de hecho, que pasó a convertirse en una medida con vocación de permanencia, a la par que se le dotó de un régimen jurídico más detallado (arts. 225-1 a 225-5), como ya se había hecho en Derecho aragonés en virtud de la Ley de Derecho de la persona de 2006. Con todo, se mantuvieron las tradicionales instituciones tutelares vinculadas a la entonces vigente incapacitación, a saber: la tutela como medida principal, según revela la extensión de su régimen jurídico (arts. 221-1 a 222-54); y, junto a ella, una curatela configurada de modo muy flexible, al igual que en Derecho aragonés (arts. 223-1 a 223-10) y el defensor judicial, concebido como medida de protección supletoria y puntual (art. 224-1 a 224-5). De modo paralelo, se dieron cabida a las figuras de la potestad parental prorrogada y rehabilitada, aunque privándoles,

⁹ De «cierta aproximación a los mandatos de la Convención» habla GETE-ALONSO CALERA, 2020, p. 29; y de «interpretación moderada de la Convención», MAYOR DEL HOYO, 2020, p. 203.

¹⁰ Para profundizar en esta figura, de procedencia germánica, recomiendo el estudio de DE BARRÓN ARNICHES, 2013, pp. 1607-1663.

como en Derecho aragonés, del carácter automático propio de las instituciones estatales equivalentes. El sistema hasta aquí descrito se complementó con una serie de previsiones en materia de capacidad de obrar que pusieron el acento en la aptitud natural de querer y entender y la necesidad de interpretar de modo restrictivo las limitaciones de que pudiera ser objeto (arts. 211-3), a la par que se dio entrada al régimen atinente a las decisiones vinculadas al ámbito de la salud, esto es, consentimiento informado, declaración de voluntades anticipadas e internamientos (arts. 212-1 a 212-6).

Pronto esta regulación pronto se reveló insuficiente a la luz de la Convención, de manera que la Comisión de Codificación de Cataluña en 2018 activó su Sección de Persona y Familia a fin de poner en marcha una profunda revisión de la misma¹¹. Ello se tradujo en 2020 en la elaboración de un Anteproyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código civil de Cataluña¹² que, en lo que aquí interesa, modifica el tenor del artículo 211-3 a fin de reconocer la capacidad de todas las personas, en su doble perspectiva estática y dinámica, «de acuerdo con su capacidad natural» y, complementariamente, a incluir la noción de medidas de apoyo dimanante de la Convención, así como a sus principios rectores. No obstante, según puede leerse en su Exposición de Motivos, se pospone a un momento posterior la reforma en detalle del sistema tuitivo de las personas con discapacidad, partiendo de la premisa que «ninguna situación personal restringe la capacidad y que la voluntad de la persona se debe tener en cuenta en todos los actos que le afectan».

Este segundo objetivo, más ambicioso, se materializó a finales de 2020 en la formulación de unas Bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica¹³; documento de indudable importancia, en cuanto sienta las pautas del futuro sistema catalán de apoyos, haciendo suya en buena medida la interpretación que de la Convención ha ofrecido en sus diversas Observaciones el Comité NU sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁴. Se adopta así en la Base 1.^a una noción de apoyo vinculada a la idea de que la persona con discapacidad puede desarrollar su propio proceso de decisiones a través de la prestación de los medios necesarios que faciliten la expresión de su voluntad. Complementariamente, las siguientes

¹¹ Según puede leerse en GETE-ALONSO CALERA, 2020, p. 29.

¹² A consultar en la siguiente URL: https://justicia.gencat.cat/ca/departament/Normativa/normativa_en_tramit/avllei-modificacio-ccc/.

¹³ A consultar en la siguiente URL: <https://participa.gencat.cat/processes/convencionnyayork/f/2905/>.

¹⁴ Como subyace en su Exposición de Motivos (§ II) y, por añadidura, de las palabras de RIBOT IGUALADA, 2020, pp. 70-72.

Bases incorporan los diversos principios inspiradores de las medidas de apoyo formulados por la Convención como son el de respeto a la autonomía y las decisiones personales, llevado a su máxima expresión en el sentido de que la persona con discapacidad, como regla, debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento (Base 4.^a1, en relación con la Base 13.^a1 *in fine*)¹⁵; el de la proporcionalidad, en el sentido de que las medidas de apoyo respondan a las concretas necesidades de la persona con discapacidad (Base 3.^a); el de necesidad, en el sentido de que el apoyo debe estar disponible para toda persona que lo necesite, sin estar condicionado por su previa calificación como persona con discapacidad (Base 2.^a)¹⁶; el de apoyo desinteresado y leal, en el sentido de que quien preste apoyo debe encontrarse libre de conflicto de interés y abstenerse de influencia indebida (Base 14.^a); y el de revisión necesaria, que en el caso de las medidas formales de apoyo habrá de estar sujeta a término automático (Base 16.^a). Otra novedad reseñable radica en la incorporación de la distinción entre los apoyos formales e informales, presente en otra de las Observaciones generales del Comité, la Obs. núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la sociedad (Bases 5.^a a 7.^a)¹⁷. Es más, a los apoyos formales se les atribuye carácter subsidiario y, por añadidura, se propone circunscribirlos a la asistencia y al poder preventivo, sin que, a mi entender, queden claramente delimitados sus respectivos ámbitos de actuación. Así de la lectura conjunta de las Bases 8.^a y 9.^a parece desprenderse que el poder preventivo se configura como una medida de apoyo más intenso, dirigida a decidir por el

¹⁵ Más exactamente, el derecho a rechazar los apoyos trae causa de la interpretación del artículo 12 Convención por el Comité en su Obs. núm. 1 (2014) sobre igual reconocimiento como persona ante la ley, § 29. Ahora bien, los redactores de las Bases matizan, con buen criterio, dicha directriz del Comité –que no deja de resultar acorde con el modelo liberacionista de discapacidad que propugna–, posibilitando el apoyo «al margen de la voluntad» (parafraseando a RIBOT IGUALADA, 2020, p. 77) para aquellos casos en que, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no pueda determinarse la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (Base 4.^a2 en relación con la Base 13.^a2).

¹⁶ También presente en la Obs. núm. 1 (2014) del Comité, § 29, entiendo que al objeto de dar cumplimiento al principio de accesibilidad universal formulado en el artículo 9 Convención.

¹⁷ Según clarifica la Base 6.^a, los apoyos informales abarcan todas aquellas prácticas sociales en que se presta apoyo a la persona en la toma de decisiones, sin contar con la legitimación conferida en un procedimiento formal, de carácter judicial o extrajudicial. Por añadidura, según resulta de la lectura de esta misma Base, así como de las palabras de RIBOT IGUALADA, 2020, pp. 79-80, tales apoyos no deben circunscribirse a los prestados en el ámbito familiar, sino potenciarse el enfoque comunitario mediante las denominadas «redes de apoyo». En cualquier caso, según afirma este mismo autor con buen criterio, p. 80, su alcance debe circunscribirse a actos de escasa trascendencia económica o jurídica, a fin de prevenir abusos de terceros. Por su parte, los apoyos formales son los proporcionados subsidiariamente en virtud de designación por una de las formas previstas legalmente (Base 7.^a).

interesado cuando éste, de modo permanente o transitorio, «no pueda expresar su voluntad y preferencias»¹⁸. En cambio, con la figura de la asistencia se trata de «asistir a una persona que requiere apoyo en la toma de decisiones para un asunto concreto o un ámbito determinado», expresión esta que parece circunscribirse al mero consejo o, en su caso, asistencia en alguna decisión o ámbito de actuación determinado¹⁹. No obstante, esta primera impresión queda parcialmente desdibujada en la Base 11.^a, en cuanto hace extensivas las facultades representativas intrínsecas de los poderes a quien tenga encomendada la asistencia, siempre que le hayan sido atribuidas expresamente; ello sin olvidar la posible configuración de la asistencia como medida voluntaria uni o bilateral –los acuerdos de apoyo– a la que da entrada el aptdo. 2.º de la Base 9.^a, cuando, no se olvide, constituye uno de los rasgos definidores del poder preventivo. Asimismo, interesa reparar en el particular empeño de los redactores de las Bases en dar cumplimiento al mandato del artículo 12.4 Convención, en el sentido de que el futuro sistema de apoyos incorpore las salvaguardas adecuadas y efectivas –entre ellas, como novedad «el tercero de confianza»²⁰– para impedir abusos, influencia indebida y conflicto de interés, pero también para garantizar el respeto a la voluntad y las preferencias, incluido el «derecho a asumir riesgos y a cometer errores» sin matiz alguno como, de nuevo, predica el Comité en su Obs. núm. 1 (2014) (Bases 12.^a, 14.^a y 15.^a)²¹. Por último, es de destacar la incorporación de la mediación como instrumento alternativo para resolver aquellos conflictos derivados de los apoyos, lo que me merece una valoración positiva como vía dirigida a potenciar la autodeterminación de las personas con discapacidad (Base 18.^a)²². Una vez hechas públicas las Bases, ulteriormente se abrió un proceso participativo en que se dio entrada a los diversos agentes implicados²³.

¹⁸ En mi opinión, más propiamente «conformar» su voluntad y preferencias.

¹⁹ Así lo entiende RIBOT IGUALADA, 2020, p. 82, en relación específicamente a los acuerdos de apoyo contemplados en la Base 8.^a relativa a la asistencia.

²⁰ Como pone de relieve RIBOT IGUALADA, 2020, p. 87.

²¹ Una manifestación en tanto extrema del derecho a equivocarse se encuentra en la Base 14.2, en cuanto parece dejar en manos de la persona con discapacidad la decisión sobre si continúa o no con el apoyo, pese a haber sido informado debidamente por la autoridad oportuna de la existencia de conflicto de interés o influencia indebida por quien se lo preste. Personalmente me permito discrepar de esta opción de política legislativa, en cuanto subyace en la misma una lectura maximalista del respeto a la voluntad y preferencias, difícilmente sostenible a la luz de otros principios de la Convención, entre ellos principalmente el de respeto a la dignidad de la persona.

²² Comparto aquí las reflexiones de IGLESIAS ORTUÑO y MEDINA RUIZ, 2017, pp. 3-4.

²³ El informe resultante de dicho proceso participativo puede consultarse en la siguiente URL: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/2388/Informe_de_retorn_Proces_Participatiu_Bases_Codi_Civil_Catal%C3%A0.pdf.

De modo paralelo, el Gobierno catalán se adelantó a la entrada en vigor de la reforma estatal con la aprobación del Decreto-Ley 19/2021 de 31 agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad²⁴. Según consta en su Exposición de Motivos, con tal norma se pretende fijar un régimen transitorio, adaptado a las premisas de la Convención, que dé respuesta en Cataluña a las necesidades derivadas de la sustitución del proceso de incapacitación por el de provisión de medidas judiciales de apoyo, entre tanto se proceda a formular un nuevo sistema de apoyos. Con un planteamiento extremadamente innovador y, por lo demás, coherente a las Bases, tal régimen se articula en torno exclusivamente a la institución de la asistencia a la que se dota de un nuevo régimen jurídico mediante la modificación de los artículos 226-1 a 226-8 CCc, con la consiguiente postergación no sólo de la tutela y de la potestad parental prorrogada o rehabilitada, sino también de la curatela, que pasan así a dejar de aplicarse. A partir de ahí, en línea con la Base 8.^a, se contempla una doble vía para la designación del asistente, plenamente acorde con el principio de respeto a la voluntad y preferencias: como novedad y de modo preferente, la vía voluntaria mediante el otorgamiento de escritura pública por el propio interesado «en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo» (art. 226-1.1 y 2 y art. 226-3 CcC)²⁵; y, subsidiariamente, la vía judicial, permitiéndose su solicitud ya no sólo a la persona con discapacidad, sino, en general, a todos aquellos legitimados por el artículo 42 bis a LJV para promover el expediente de medidas judiciales de apoyo (art. 226-1.3 y art. 226-2 CcC). Sucede, sin embargo, que, en los términos tan ambiguos en que se expresa la norma catalana, no resulta fácil determinar el contenido de esta figura o, lo que es lo mismo, el concreto alcance de las funciones a desempeñar por el asistente. Así, en cuanto a la designación notarial por el propio interesado, el artículo 226-3 CcC faculta al interesado a establecer «disposiciones con respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de apoyo adecuado», sin mayor precisión. En cambio, según dispone el artículo 226-4 CcC, en la designación judicial será el Juez el que determine «las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial», pudiendo excepcionalmente atribuirle la representación «para actos concretos». Mayor confusión si cabe introducen el artículo 226-5 CcC al sancionar con la anulabilidad aquellos actos

²⁴ El texto del Decreto-ley catalán 19/2021 puede consultarse en la siguiente URL: <https://dogc.gencat.cat/ca/document-del-dogc/?documentId=909512>.

²⁵ Se prescinden, sin embargo, de los acuerdos de apoyo, contemplados en la Base 10.^a

jurídicos realizados por la persona asistida sin intervención del asistente de ser necesaria y el artículo 226-7 CcC que declara la aplicabilidad a la asistencia del régimen jurídico de la tutela –pese a haber sido descartada para los mayores de edad– «en todo lo que no se oponga al régimen propio de la asistencia» e interpretado conforme a la Convención. En definitiva, con este nuevo régimen de la asistencia quedan muy desdibujados sus caracteres primigenios, convirtiéndose en una medida de apoyo –no se olvide, la única de índole formal aplicable en Cataluña en el momento presente– de contornos muy difusos, lo que puede ir en detrimento de la finalidad última perseguida por el legislador con este régimen transitorio.

Ya en 2022 el Gobierno catalán ha puesto en marcha la tramitación de la reforma legislativa dirigida a adecuar su Código a la Convención NU 2006, aprobando a tal objeto el 22 de marzo una Memoria preliminar de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad²⁶. De su lectura se desprende que, salvo cambios en su *iter* legislativo, el nuevo sistema de apoyos catalán girará en torno esencialmente de la figura de la asistencia –cuyo régimen y caracterización «falta por ordenar definitivamente»– con la consiguiente supresión de la tutela, curatela y potestad parental prorrogada o rehabilitada, pero también de la guarda de hecho. Se mantienen, no obstante, los poderes preventivos y se da entrada a los apoyos informales, todo ello de modo acorde a las Bases referidas.

3. ¿HACIA UN NUEVO DERECHO CIVIL NAVARRO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD?

En un contexto normativo diferente se encuentra la Comunidad foral de Navarra, toda vez que cuenta con una regulación referida a las personas con discapacidad muy dispersa, a la par que incompleta²⁷.

Centrando nuestra atención en la legislación civil, como se ha apuntado *ab initio*, la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra en el momento presente no regula la capacidad en general sino con referencia exclusivamente a la edad, ni tampoco las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, más allá de la inclusión por la Ley foral 21/2019 de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, en sede de representación, de un régimen específico de los poderes preventivos.

²⁶ Información extraída de la siguiente URL: <https://dretssocials.gencat.cat/ca/actualitat/nota-premsa/?id=431135>.

²⁷ Según ponen de manifiesto LIZARRAGA LARA *et al.*, 2021, p. 63.

vos y con cláusula de subsistencia (ley 49), así como de la responsabilidad parental prorrogada y rehabilitada (ley 76). De ello resulta, por consiguiente, que en Navarra es de aplicación supletoria lo previsto al respecto por el Código civil tras la reforma de 2021, excepción hecha de los poderes de apoyo y la responsabilidad parental rehabilitada; no así, en cambio, de la prorrogada, cuya vigencia actual resulta cuestionable por los argumentos que expondré más adelante²⁸. No obstante lo anterior, el Fuero Nuevo sí contiene algunas previsiones en materia de capacidad para llevar a cabo ciertos actos jurídicos que se refieren específicamente las personas con discapacidad y que, por tanto, no deben entenderse desplazadas por las nuevas normas estatales, aunque algunas de ellas requieran una revisión urgente al objeto de su debida adecuación al proceso de provisión de medidas de apoyo, por cuanto siguen girando en torno a la desaparecida modificación judicial de la capacidad²⁹. Ello sin olvidar el régimen de nulidad y anulabilidad de las declaraciones de voluntad y de la influencia indebida y abusiva, incorporado novedosamente en las leyes 19 y 21, para dar cumplimiento al mandato del artículo 12.4 Convención NU 2006³⁰. Asimismo, es de destacar la preocupación del legislador foral por introducir las salvaguardas adecuadas a fin de garantizar la indemnidad patrimonial de las personas con discapacidad y la adecuada atención de sus necesidades, lo que en 2019 se tradujo en lo siguiente: la incorporación de la figura de los patrimonios protegidos (leyes 44, 45 y 281); la prohibición de adquirir sus bienes a título gratuito impuesta a su tutor o, en su caso, curador –previsión esta que habrá de modificarse para adecuarla al nuevo sistema de apoyos estatal– (ley 152); la ampliación de las causas de indignidad para adquirir a título gratuito y de las causas de desheredación al objeto de dar entrada a la causa atinente a la falta de prestación de las atenciones jurídicamente debidas a las personas con discapacidad (leyes 154.8 y 270, respectivamente); la facultad reconocida unilateralmente a los otorgantes de un testamento de hermandad de efectuar disposiciones para subvenir a las necesidades vitales de un

²⁸ Coinciden en esta apreciación LIZARRAGA LARA *et al.*, 2021, pp. 65 y 68.

²⁹ Me refiero, en concreto, a la capacidad para reconocer la filiación no matrimonial y ser reconocido (ley 54.b y c, respectivamente), para intervenir en los procesos de filiación como demandante o demandado (leyes 55.4, 56.b.4, 56.d.2 y 3 y 57.b.1), para gestionar la sociedad de conquistas (ley 94.4), para hacer testamento notarial abierto (ley 184.2.2) y para concurrir a la partición de la herencia como heredero (ley 345.2). Se exceptúan de esta regla la capacidad para hacer capitulaciones matrimoniales que se identifica con la capacidad para contraer matrimonio *ex* artículo 65 Cc (ley 83.2), para testar en general que se vincula a la aptitud de querer y entender en el momento de su otorgamiento (ley 184.2.1) y para ser testigo en los testamentos que, de modo similar, se vincula al discernimiento necesario (ley 186.a.3).

³⁰ De acuerdo con LIZARRAGA LARA *et al.*, 2021, p. 68.

ascendiente o descendiente «cuya declaración de discapacidad o dependencia» hubiera tenido lugar con posterioridad al otorgamiento del testamento (ley 204.4); y el reconocimiento a las personas «con discapacidad o dependencia» de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual de sus ascendientes o descendientes (ley 425).

Ahora bien, que Navarra no se haya dotado de momento de un régimen jurídico completo sobre capacidad y medidas de apoyo, no significa que renuncie a ello *ad futurum*. Al contrario, según consta en la Disposición Final 2.^a de la Ley foral 21/2019, uno de sus objetivos de política legislativa radica precisamente en la promulgación de una ley civil especial que regule esta materia. Con todo, no me consta que a fecha de hoy se haya emprendido iniciativa legislativa alguna al respecto, habiéndose, en su lugar, priorizado la elaboración de una Ley Foral de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos, dirigida tanto a acabar con la dispersión normativa existente en lo que hace a sus políticas públicas en materia de discapacidad (servicios sociales, sanidad, educación, empleo, cultura, etc.) como a dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Convención NU 2006³¹. En concreto, por Orden foral 208/2021, de 2 de noviembre, de la Consejera de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra se puso en marcha el procedimiento de elaboración de un borrador normativo, constituyendo a tal objeto un grupo de trabajo en el que se dio entrada a las diversas Administraciones y agentes sociales que operan en el ámbito de la discapacidad, a la par que se abrió un proceso de consulta pública previa³².

Las reuniones de dicho grupo fructificaron en diciembre de 2021 en un documento de propuestas de cariz abiertamente iuspublicista y transversal, pero que no descarta la modificación del Fuero nuevo al único objeto de eliminar o sustituir aquellas previsiones que, a su juicio, resultan incompatibles con el sistema de apoyos articulado en el Código civil. De este modo, entre las principales sugerencias se incluyen las siguientes: «primera», suprimir las referencias normativas a la tutela de adultos; «segunda», en relación a los patrimonios protegidos contemplados en las

³¹ Tal iniciativa tiene su origen en el Informe elaborado a principios de 2021, por encargo del Parlamento de Navarra, la Universidad Pública de Navarra y CERMIN Navarra, por el grupo de trabajo integrado por LIZARRAGA LARA *et al.*, quienes, tras ofrecer un examen detallado de la dispersión normativa actual existente en Derecho navarro, propusieron la elaboración de una ley marco que ofreciese un tratamiento integral a las personas con discapacidad acorde a la Convención (pp. 157-159).

³² Información extraída de la siguiente URL: <https://gobiernoabierto.navarra.es/es/participacion/procesos/consulta-publica-previa-elaboracion-un-anteproyecto-personas-con-discapacidad>.

leyes 44 y 45, omitir la exigencia de capacidad suficiente y replantear el régimen de administración; «tercera», sustituir las figuras de la responsabilidad parental prorrogada y rehabilitada reguladas en la ley 76 por la previsión anticipada de medidas de apoyo por la autoridad judicial, de modo coincidente con el artículo 254 Cc, o por los propios menores –entiendo que– mayores de dieciséis años; «cuarta», respecto al régimen de invalidez de las declaraciones de voluntad emitidas por personas con discapacidad (ley 19), desvincular la sanción de nulidad de la falta de capacidad de querer y entender, y prever la anulabilidad para las declaraciones que emitan las personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas, en línea con los artículos 1301 ss Cc; «quinta», en cuanto a los poderes de apoyo, en la ley 49 condicionar su inicio de vigencia a lo previsto en el propio poder, concretar su posible alcance y atribuirles preferencia sobre las medidas de apoyo judiciales; «sexta», reformar las previsiones en orden a la capacidad de testar contenidas en la leyes 184, de modo acorde a los artículos 663 y 665 Cc; «séptima», en orden al reconocimiento de la filiación, dejar de supeditar su validez a la autorización judicial cuando provenga de persona precisada de apoyo –en el texto vigente, con capacidad modificada judicialmente– (ley 54.b) y condicionar su eficacia exclusivamente al consentimiento del reconocido, en su caso con apoyos, de acuerdo con el artículo 153 Cc (ley 54.c); «octava», en cuanto a las acciones de filiación en general, atribuir carácter supletorio a las medidas judiciales oportunas para proteger a la persona que precise apoyos a que se refiere la ley 54.4 –ahora con capacidad modificada judicialmente–, de tal manera que sólo entren en juego en defecto de previsión al respecto en las medidas voluntarias o de apoyo necesario por el guardador de hecho; «novena», en cuanto a la acción de impugnación de la filiación paterna contemplada en la ley 56, sustituir la expresión «recuperación de la capacidad» por la de «extinción de las medidas de apoyo» en relación al *dies a quo* del plazo de un año con que cuenta el hijo para ejercitarla, aparte de algunas modificaciones respecto a la legitimación activa; «décima», no impedir, como regla, la modificación de las capitulaciones matrimoniales a aquel cónyuge que precise apoyos (ley 86); «undécima», modificar el tenor de la prohibición para adquirir a título gratuito contemplada la ley 154.7 tanto en lo que hace al transmitente –ya no personas con capacidad modificada judicialmente, sino que precisen apoyo– como al adquirente –con supresión de la referencia a la tutela–; «duodécima», suprimir la sustitución ejemplar (ley 227); «decimotercera», en cuanto a la partición hecha por los herederos, adoptar la expresión «personas

con discapacidad precisadas de apoyo» y ampliar los casos en que no necesitan intervención judicial, ahora circunscrita a que se encuentren legalmente representados (ley 345); «decimocuarta», dar respuesta jurídica a aquellas situaciones en que una persona necesite apoyo urgente y carezca de guardador de hecho, y «decimoquinta», especificar que la capacidad jurídica no puede conllevar la negación de la capacidad de obrar³³.

En junio de 2022 dichas propuestas –con alguna modulación³⁴– se han plasmado en un Anteproyecto³⁵, de cuya lectura resulta que sus autores no se han limitado a plantear una mera adecuación terminológica de las previsiones de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra en materia de discapacidad al régimen estatal, sino una revisión en profundidad de su contenido con arreglo a los postulados del Código civil, lo que, sin duda, constituye una opción de política legislativa muy respetable, pero que no va a dejar de ser un condicionante importante cuando se aborde *ad futurum* una regulación en detalle del régimen de capacidad y sistema de apoyos, como así se pretende. El paralelismo resulta así evidente entre la redacción propuesta de la ley 44 con el artículo 3 Ley 41/2003 sobre patrimonios protegidos, de la ley 49 con los artículos 256 a 261 Código civil en relación a los poderes de apoyo, de la ley 49 bis con el artículo 254 Código civil respecto a la previsión anticipada de apoyos para los menores mayores de dieciséis años, de la

³³ El documento de propuestas en su última versión de diciembre de 2021 puede consultarse en https://gobiernoabierto.navarra.es/sites/default/files/doc_con_propuestas_acumuladas_1.pdf. Interesan, particularmente las incluidas, con los números 1 a 27 bis, en el «bloque de adaptación a la Convención de NY/Ley 8/2021 ejercicio de la capacidad jurídica» (pp. 8 a 13).

³⁴ En particular, interesa notar el cambio de criterio en lo que hace al régimen de invalidez de las declaraciones de voluntad, toda vez que en la redacción dada por el Anteproyecto a la ley 19 Fuero Nuevo se sancionan con nulidad absoluta aquellas declaraciones emitidas por «personas que carezcan de hecho de capacidad en el momento de su emisión para entender y querer el acto o contrato y sus efectos jurídicos», cuando en el documento de propuestas se sugería que «la carencia de capacidad natural de entender y querer no debía conllevar nulidad de lo actuado».

³⁵ El texto definitivo Anteproyecto de Ley Foral de atención a las personas con discapacidad y garantía de sus derechos puede consultarse en la siguiente URL: <https://participa.navarra.es/processes/anteproyecto-ley-foral-atencion-personas-con-discapacidad-navarra-garantia-derechos>. En su Disposición Final 1.^a propone la modificación de las siguientes leyes del Fuero Nuevo de Navarra, referidas directa o indirectamente a las personas con discapacidad: ley 19 (nulidad, anulabilidad y rescisión de las declaraciones de voluntad), ley 36 (interrupción de la prescripción), leyes 44 y 45 (patrimonios protegidos), ley 49 (poderes de apoyo), ley 49 bis (medidas preventivas de apoyo respecto de los menores mayores de dieciséis años), leyes 54 a 57 (reconocimiento y acciones de filiación), ley 67 (responsabilidad parental), leyes 78 y 86 (capitulaciones matrimoniales), ley 95 (administración y disposición de los bienes de conquista), leyes 104 y 105.c (medidas judiciales en caso de ruptura matrimonial), ley 154 (causas de indignidad para adquirir a título gratuito), ley 184 (incapacidad para testar), ley 204.b (testamento de hermandad), ley 257 (deber de inventario en el usufructo de viudedad), 287 (fiducia sucesoria), leyes 342 y 345 (partición de la herencia), ley 508 (enriquecimiento sin causa) y ley 537 (restitución de préstamos).

ley 54 con el artículo 121 sobre el reconocimiento de la filiación, de la ley 104 con el artículo 96 Código civil sobre atribución del uso de la vivienda familiar, de la ley 154 sobre causas de indignidad para adquirir a título gratuito con el artículo 756 Código civil, de la ley 184.2 con el artículo 663 Código civil respecto a la capacidad para testar y de la ley 345 con el artículo 1060 Código civil sobre el modo de realizar la partición hereditaria. En agosto de 2022 dicho Anteproyecto ha sido aprobado como Proyecto de Ley por el Gobierno de Navarra, a la par que lo ha sometido a la deliberación del Parlamento de Navarra que, a su vez, lo aprobado por unanimidad el pasado 24 noviembre como Ley foral de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos.

En definitiva, lo hasta aquí expuesto permite presumir que en la reciente modificación del Fuero Nuevo se están marcando ya las pautas de su desarrollo ulterior que, en buena medida, no son otras que las estatales. Ahora bien, no se me malinterprete con estas palabras: no propugno una ruptura del Derecho navarro y, por extensión, de los Derechos civiles territoriales con la Ley estatal 8/2021, pero tampoco una mera reproducción de la misma, renunciando a cuestionar sus desaciertos –que los hay, a mi entender– y a plantear la posible incorporación de variantes y modulaciones de mayor o menor alcance.

II. EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS, EN ESPECIAL

1. LA COMPLEJA SITUACIÓN GENERADA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ESTATAL 8/2021

En una situación algo más complicada, en principio, se encuentra la Comunidad Autónoma de Aragón ante la renuncia de su poder ejecutivo a articular un régimen transitorio, como respuesta a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y en tanto no se lleve a cabo la necesaria revisión de su Código del Derecho Foral Aragón a la luz de la Convención NU 2006. El Gobierno de Aragón ha declinado así aprobar un Decreto-Ley dirigido a dotar al Ordenamiento aragonés de instrumentos normativos que permitan la aplicación de las particularidades de su Derecho civil propio en materia de discapacidad e instituciones conexas por considerar que no concurre el supuesto de extraordinaria y urgente necesidad requerido por el artículo 86 CE para dictar tal norma, desde el momento que, en el ínterin de la reforma, el Código aragonés cuenta con figuras intermedias de apoyo que pueden seguir aplicándose de modo acorde a la Conven-

ción; opinión esta que personalmente comparto, pese a la preocupación manifestada por algunos operadores jurídicos³⁶. Entre tanto, se han dado los primeros pasos del proceso legislativo dirigido a la modificación en profundidad de dicho cuerpo legal. Así, la Comisión Aragonesa de Derecho civil está preparando un borrador de Anteproyecto de Ley civil sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, una vez recibido el encargo pertinente por la Vicepresidencia del Gobierno y el Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales³⁷. A la par, dichos órganos del ejecutivo aragonés han presentado un Anteproyecto de Ley de modificación puntual del Libro III CDFR, dirigido a incorporar, entre las causas de indignidad sucesoria del artículo 328, la relativa a declinar injustificadamente la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo; y a hacer extensivo, dentro del orden de llamamientos a la sucesión legal, el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia del artículo 536 a la entidad pública responsable de la aplicación de las medidas de apoyo respecto de aquellos causantes que fallezcan durante su vigencia (art. 536.2) y a los centros residenciales titularidad del Instituto Aragonés de Servicios Sociales en relación a los residentes que fallezcan en los mismos (art. 536.3)³⁸.

En este contexto, interesa tratar de clarificar cuál es en el momento presente el Derecho civil y, por extensión, procesal civil aplicable en Aragón. Ahora bien, dado el amplio alcance de la reforma estatal al que ya nos hemos referido, la respuesta no puede ser uniforme, sino que va a depender de la concreta materia objeto de modificación en virtud de la Ley 8/2021 y de las competencias que al respecto tiene atribuidas por la CE y su Estatuto de Autonomía³⁹.

Empezando por el sistema de apoyos, no cabe duda que el actualmente vigente en Aragón sigue siendo el contenido en el Título III del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón –que no en la Compilación, como he podido leer en algún lugar–⁴⁰, bajo la rúbrica «De las relaciones tutelares», a completar con lo dispuesto en los artículos 41 a 45 sobre prórroga y rehabilitación de la

³⁶ El Justicia de Aragón, *Sugerencia* 2021, pp. 1 y 20; BARREDA HERNÁNDEZ, 2022, p. 79; y, en la jurisprudencia, SPJI núm. 13 de Zaragoza de 14 diciembre 2021.

³⁷ La Orden de inicio fechada el 4 marzo 2022 puede consultarse en la siguiente URL: <https://transparencia.aragon.es/cgi-bin/ITCN/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=1218844225454>.

³⁸ Dicho Anteproyecto puede consultarse en la siguiente URL: <https://transparencia.aragon.es/cgi-bin/ITCN/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=1215171405050>.

³⁹ Como también lo ha advertido respecto del Derecho civil aragonés BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 154; y El Justicia de Aragón, *Sugerencia* 2021, pp. 8-9.

⁴⁰ En concreto, GERMÁN URDIOLA y FERNÁNDEZ IGLESIAS, 2021, p. 14, olvidando que el Código del Derecho Foral de Aragón rige desde abril de 2011 y, además, que desde entonces está derogada en su integridad la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967.

potestad de guarda⁴¹. Por tanto, no es aplicable en esta Comunidad Autónoma el nuevo sistema de apoyos diseñado e incorporado al Código civil por la Ley 8/2021, por cuanto, como establece el artículo 1.2 CDFA, el Derecho civil general del Estado sólo se aplicará supletoriamente en defecto de normas aragonesas, lo que no es el caso⁴². De ello resulta, por consiguiente, que, a fecha de hoy, el sistema de apoyos a que se refiere la Convención NU 2006 está integrado en Derecho aragonés por la tutela y la curatela –asistencial y/o representativa– o, en su caso, autoridad familiar rehabilitada –que no prorrogada, como sostendré más adelante–, junto a otras medidas complementarias como la guarda de hecho, los mandatos de apoyo y el defensor judicial⁴³.

Lo mismo puede afirmarse respecto a la capacidad de las personas con discapacidad, toda vez que el legislador aragonés optó por incorporar, asimismo, esta materia en la Ley de Derecho de la persona de 2006, dando entrada en el Ordenamiento jurídico aragonés a previsiones muy certeras como las relativas a la presunción de capacidad (art. 31) y al régimen de invalidez de los actos llevados a cabo sin suficiente aptitud de querer y entender (art. 34), a la intromisión en los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad (art. 32) y al internamiento involuntario en un centro no necesariamente sanitario (art. 33); ello aparte de reproducir el régimen entonces vigente de los artículos 199 a 201 Cc en materia de incapacitación (art. 35) y remitirse a la legislación especial sobre patrimonio protegido de las personas con discapacidad (art. 37). En 2011 tales previsiones, al igual que las relativas a las relaciones tutelares, fueron refundidas en el Código del Derecho Foral de Aragón (arts. 34 a 40), sin que en el momento presente puedan entenderse derogadas y sustituidas por las nuevas previsiones del Código civil fruto de la reforma 2021, desde el momento en que

⁴¹ Vid. en el mismo sentido BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 156; CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 28; y BARREDA HERNÁNDEZ, 2022, p. 78. En la jurisprudencia, la SPJI núm. 13 de Zaragoza de 14 diciembre 2021 que formula la siguiente declaración: «la nueva legislación civil no presenta afección alguna a nuestro derecho civil propio que sigue estando vigente y directamente aplicable». Parece, sin embargo, desvincularse de esta interpretación la SAP Zaragoza núm. 404 de 15 noviembre 2021 cuando afirma que en el caso de autos «la medida de apoyo más adecuada es la curatela», invocando al respecto los artículos 268 y 269 Cc, en vez de los 148 a 152 CDFA, como hubiera procedido.

⁴² No puedo sino discrepar en este punto del *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2019, p. 20, cuando afirma que la reforma del Código civil es de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, incluyendo entre las mismas, a Aragón que ya tiene regulación sobre la materia, como el propio Consejo reconoce.

⁴³ Como afirmó el Tribunal Supremo en relación con el sistema de apoyos vigente en Derecho civil estatal en el periodo comprendido entre la ratificación de la Convención NU 2006 y la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (STS de 16 mayo 2017).

—no se olvide— integran Ordenamientos jurídicos diversos, cuyas relaciones se rigen por el principio de competencia y no por el de jerarquía.

Cuestión distinta es que el régimen aragonés, pese a estar articulado de modo bastante flexible y, ante todo, respetuoso con la autonomía de la voluntad⁴⁴, no resulte acorde a la Convención NU 2006 y, por ende, mientras no se proceda a su revisión, deba ser interpretado y aplicado por los operadores jurídicos de modo coherente con aquella, dado que dicho texto internacional forma parte del Ordenamiento jurídico español y, por ende, aragonés desde el 3 de mayo de 2008, según consta en su Instrumento de ratificación por el Estado español de 23 noviembre 2007⁴⁵. Ciertamente, esta labor hermenéutica ha sido acometida paulatinamente en los últimos años por los órganos judiciales aragoneses —unos con mayor convicción que otros—, pero resulta innegable que la supresión en la legislación procesal —que no se olvide, como regla de principio, es competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.6 CE y, por tanto, de aplicación directa en todas las Comunidades Autónomas⁴⁶— del procedimiento de incapacitación y su sustitución por el de provisión de medidas judiciales de apoyo ha marcado un punto de inflexión en el tratamiento de la discapacidad en la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁴⁴ Participan de esta opinión CALATAYUD SIERRA, 2009, pp. 48 y 51; y BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 149. No se olvide al respecto que uno de los principios generales del Derecho civil aragonés es el *standum est chartae*, formulado explícitamente en el artículo 3 CDFA.

⁴⁵ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.5 Cc y el artículo 23.3 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

⁴⁶ De este modo, el Tribunal Constitucional interpreta de modo muy restrictivo la competencia procesal atribuida excepcionalmente por el artículo 149.1.6 *in fine* CE a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Así, la STC 132/2019 de 13 noviembre afirma que «la competencia asumida por las comunidades autónomas al amparo de la referida excepción no les permite sin más introducir en su ordenamiento normas procesal por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo (...) sino que como indica la expresión “necesarias especialidades” del citado precepto constitucional (...) las especialidades procesales que se permiten a las comunidades autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico vengan requeridas por estas (...) correspondiendo al legislador autonómico (...) ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la ley se puedan desprender esas “necesarias especialidades”». Añade la STC 157/2021 de 16 septiembre, de modo muy clarificador, que para aplicar la salvedad competencial del artículo 149.1.6 CE «deben completarse tres escalones sucesivos [...] primero, ha de determinarse cuál es el Derecho sustantivo autonómico que presenta particularidades; segundo, hay que señalar respecto de qué legislación procesal estatal, y por tanto general o común, se predicen las eventuales especialidades de orden procesal incorporadas por el legislador autonómico; y finalmente, ha de indagarse si, entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico en la norma impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales».

De este modo, desde el momento en que los preceptos relativos al proceso de incapacitación han sido derogados sin salvedad alguna por la Ley 8/2021 (Disposición derogatoria única⁴⁷) y, por ende, han perdido su vigencia⁴⁸, no creo que pueda sostenerse, como pretenden algunos, que en esta Comunidad Autónoma sigue siendo posible incapacitar a una persona con base en el artículo 38 CDFa⁴⁹ y, a falta de un proceso *ad hoc* como era el anteriormente regulado en los artículos 756 ss. LEC, por la vía del procedimiento ordinario de los artículos 399 ss. LEC⁵⁰. Ello por varios motivos: primero, porque me parece algo forzado considerar que dicho procedimiento guarde «conexión directa con una particularidad del Derecho civil sustantivo aragonés» como exige el Tribunal Constitucional (por todas, STC 132/2019, de 13 noviembre) a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para incorporar singularidades procesales en su Ordenamiento jurídico al amparo del artículo 149.1.6.^a *in fine* CE⁵¹; segundo, porque dicho procedimiento se rige por unas normas de funcionamiento totalmente ajenas a las que inspiran los procesos especiales por razón de discapacidad, concretamente en materia de legitimación, prueba y efectos de la sentencia⁵²; y tercero, porque, aunque se admitiese teóricamente tal posibilidad, dudo mucho que en el momento presente una resolución de tal calado pueda tener mucho recorrido en la práctica, por cuanto no deja de

⁴⁷ En concreto, el aptdo. 1.º de la Disposición derogatoria de la Ley 8/2021 entiende derogadas «cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley», entre los cuales se encuentran, sin lugar a dudas, los artículos 756 ss relativos al proceso de incapacitación, cuyo contenido se ha visto modificado íntegramente por dicha Ley para incorporar, en su lugar, el proceso sobre provisión de medidas judiciales de apoyo.

⁴⁸ Como afirma DELGADO ECHEVERRÍA, 2003, p. 232, el momento final de la vigencia de las leyes derogadas coincide con el momento inicial o de entrada en vigor de la ley derogatoria que en lo que hace a la Ley 8/2021 tuvo lugar a los tres meses de su publicación en el BOE, esto es, el 3 de septiembre de 2021.

⁴⁹ A este respecto creo que puede defenderse que la referencia a la incapacitación en el artículo 38 CDFa constituye una cláusula de engarce, en este caso, con la legislación procesal que esté en vigor en cada momento. Ello con base a las afirmaciones vertidas sobre las fuentes del Derecho civil aragonés por DELGADO ECHEVERRÍA 2012, pp. 102-103.

⁵⁰ Sustentan lo contrario MAYOR DEL HOYO, 2020, pp. 215, 223, 225, 227, 228; BAYOD LÓPEZ, 2021a, pp. 159-160; GERMÁN URDIOLA y FERNÁNDEZ IGLESIAS, 2021, p. 7; y El Justicia de Aragón –con algún matiz– *Sugerencia* 2021, p. 9, todos ellos amparándose en una interpretación literal del artículo 38 CDFa que, a mi entender, a fecha de hoy debe considerarse superada por las razones arriba expuestas.

⁵¹ Me permito discrepar en este punto de BAYOD LÓPEZ, 2021, p. 160, nota 51, cuando califica la incapacitación de «especialidad del Derecho civil aragonés», lo que permitiría su regulación procesal *ad futurum*, al amparo de la limitada competencia procesal reconocida a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio por el artículo 149.1.6.^a CE.

⁵² Como pone de relieve la STS de 8 septiembre 2021; y, en la doctrina procesalista, GARCIMARTÍN MONTERO, 2021, pp. 121-122.

estar expuesta a un eventual recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales (arts. 41 y 44 LO 2/1979 del Tribunal Constitucional)⁵³.

En su lugar, entiendo que procede acudir en la Comunidad Autónoma de Aragón al vigente procedimiento de provisión de apoyos diseñado por la Ley estatal 8/2021 (en principio, voluntario *ex* arts. 42 bis.a y 42 bis.c LJV y, subsidiariamente, contencioso *ex* arts. 756 a 761 LEC)⁵⁴; proceso que, como clarifica su propio Preámbulo, no puede conducir en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sino exclusivamente a adoptar las concretas medidas judiciales de apoyo que necesite la persona con discapacidad, pero ello «de conformidad a lo dispuesto en las normas de Derecho civil que resulten aplicables», según especifican el artículo 760 LEC y el artículo 42 bis.c.1 LJV, previsión esta que parece haber pasado desapercibida entre los teóricos y prácticos del Derecho⁵⁵.

Por todo ello, a mi juicio, ya no se puede incapacitar a una persona en Aragón como, por lo demás, en ninguna parte del territorio español, si bien, como matiza la propia legislación procesal –de aplicación directa–⁵⁶, los apoyos judiciales de que se dote en adelante a una persona con discapacidad dependerán de la concreta legislación sustantiva aplicable, que en dicha Comunidad Autónoma no otra que el Código del Derecho Foral de Aragón⁵⁷.

⁵³ En este punto me parece muy sugerente la reflexión de DELGADO ECHEVERRÍA, 2003, pp. 243-244 acerca de la falta de pertenencia al Ordenamiento español y, por ende, la inaplicabilidad de aquellas normas derogadas que no resulten compatibles con las del Ordenamiento actual por razones de orden público; entre las cuales, a mi juicio, podrían considerarse incluidas las referidas a la incapacitación de la persona.

⁵⁴ Sobre los inconvenientes de esta dualidad de procedimientos *vid.* CALAZA LÓPEZ, 2021, pp. 4-5; y GARCIMARTÍN MONTERO, 2021, pp. 72-77.

⁵⁵ Así parece desprenderse de las siguientes afirmaciones vertida por MAYOR DEL HOYO, 2020, p. 227: «tales procedimientos [de provisión de apoyos] contencioso y voluntario están diseñados para adoptar medidas de apoyo en los términos del Código civil»; por El Justicia de Aragón, *Sugerencia* 2021, p. 9: «El problema que surge es que esa nueva legislación procesal únicamente tiene en mente la regulación que realiza en Código civil de la capacidad, no teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan adaptarse a la Convención de Nueva York de otra manera»; y por GIL GALINDO, 2021: «la situación actual impide engarzar el Derecho Foral Aragonés con la tramitación procesal de estos expedientes».

⁵⁶ Discrepo en este punto de la SPJI núm. 13 de Zaragoza de 14 diciembre 2021 cuando atribuye carácter supletorio en Aragón a la LEC, aunque comparta su fallo: ya no la incapacitación, sino la provisión de una medida de apoyo. Corrobora, asimismo, la tesis que aquí se sustenta la SAP Zaragoza núm. 404 de 15 noviembre 2021, en cuanto sustituye el fallo de primera instancia favorable a la declaración de incapacidad por el de atribución de medida de apoyo.

⁵⁷ Coincide en esta apreciación BARREDA HERNÁNDEZ, 2022, p. 84 y, en la jurisprudencia, la SPJI núm. 13 de Zaragoza de 14 diciembre 2021.

Ahora bien, y aquí retomo la idea inicialmente apuntada, en el momento presente la aplicación del sistema aragonés de apoyos de las personas con discapacidad requiere un esfuerzo adicional, sobre todo, por parte de los órganos judiciales, dirigido a su necesaria armonización con el tratamiento de la discapacidad basado en los derechos humanos que adopta la Convención. Ello pasa fundamentalmente por acudir a la tutela o, en su caso, a la curatela patrimonial representativa sólo cuando sea estrictamente necesario por no poder la persona con discapacidad tomar sus propias decisiones en todos o buena parte de los asuntos de su incumbencia, pero sin que la discapacidad justifique, como regla, la suplencia o sustitución en la toma de decisiones. Por añadidura, haciéndome eco de la certera doctrina acuñada por el Tribunal Supremo sobre el «traje a medida», en este ínterin se intensifica la necesidad de adecuar en cada caso la concreta medida adoptada a la específica necesidad de apoyo de la persona con discapacidad, eludiendo así la rigidez resultante del artículo 39 CDFR –y por extensión de los arts. 136.2 y 150.1– que equipara la situación jurídica del «incapacitado» sujeto a tutela a la del menor de catorce años y la del incapacitado sujeto a curatela a la del menor mayor de catorce años. Y es que conviene tener presente, con el Tribunal Supremo, que «las personas con discapacidad no conforman un colectivo homogéneo sino dispar, y como tal tributario de una consideración individualizada» (STS de 6 mayo 2021).

Por lo demás, las afirmaciones hasta aquí vertidas son extrapolables a aquellas reglas propias que contiene el Código del Derecho Foral de Aragón sobre discapacidad en otras sedes normativas. En particular, estoy pensando en sus preceptos sobre los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo (arts. 75 a 84), ejercicio y suspensión de la autoridad familiar (arts. 73 y 91.1.c), régimen económico matrimonial (arts. 1991.b, 242, 245.1.a y 260), causas de indignidad sucesoria (art. 328.c), aceptación y repudiación de la herencia (art. 346), gastos no colacionables ni computables a efectos de la legítima (arts. 369 y 489.2), partición de la herencia con personas con discapacidad (arts. 14 y 366 a 368), capacidad para testar (art. 408), invalidez de los testamentos (art. 423) y prohibiciones de adquirir por causa de muerte (art. 475)⁵⁸. Ciertamente, sus preceptos concordantes en el Código civil estatal han sido modificados por la Ley 8/2021⁵⁹, pero ello no significa que sean de

⁵⁸ Vid. en la misma línea BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 156; y el Justicia de Aragón, *Sugerencia* 2021, p. 8.

⁵⁹ En particular, los artículos 91.2, 94 y 96 sobre efectos de la ruptura matrimonial, el artículo 156.4 y suprimido artículo 171 sobre patria potestad, el artículo 663 sobre capacidad de testar, los artículos 742.2 y 753, el artículo 756.2.º y 7.º sobre causas de indigni-

aplicación en la Comunidad Autónoma de Aragón, aunque no resulten coincidentes con los del cuerpo legal aragonés en el momento presente ni, por lo demás, deban serlo en un futuro cuando éstos últimos sean revisados para adecuarlos a la Convención, toda vez que, como señala el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada (por todas, STC 132/2019, de 13 noviembre) la unidad a que se refiere la Constitución no significa uniformidad, habida cuenta de la configuración del Estado español como un Estado plurilegislativo, de tal modo que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio tienen capacidad para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y de su Estatuto de Autonomía⁶⁰. Ahora bien, entre tanto no se modifique el Código del Derecho Foral de Aragón, no pueden obviarse los problemas interpretativos que van a plantear tales preceptos en la práctica, especialmente aquellos referidos a los «incapacitados».

Hasta aquí mi opinión sobre la aplicabilidad actual, con matices, del actual régimen del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad de las personas con discapacidad y consiguiente sistema de apoyos, así como sobre la incidencia de la discapacidad en otros ámbitos regulados por el cuerpo legal aragonés. Queda ahora por resolver la espinosa cuestión relativa a la aplicabilidad de la reforma estatal respecto a aquellas materias civiles que o bien son de competencia aragonesa, pero carecen a fecha de hoy de legislación propia, o bien son competencia exclusiva del Estado.

Empezando por las materias civiles competencia aragonesa no desarrolladas hasta ahora por la Comunidad autónoma de Aragón, creo que aquí se incluyen exclusivamente los preceptos del Código civil en materia de filiación (arts. 112.2, 121.1, 123.2, 124, 125, 133.1.2 y 137.1 y 2), capacidad para ejercer la posesión (art. 443.2), capacidad para testar notarialmente (art. 695, 697, 706, 708 y 709), contratos en particular (art. 1459, art. 1548, art. 1700.3, art. 1732, arts. 1764, 1765 y 1773, y art. 1811) y responsabilidad civil extracontractual (arts. 299 y 1903.4), así como el suprimido artículo 776 relativo a la sustitución ejemplar. A partir de ahí, hay que entender en que tales preceptos se aplicarán en Aragón de forma supletoria y conforme a los principios que informan el Ordenamiento civil aragonés *ex* artículo 1.2 CDF⁶¹, entre los cuales se encuentra el de

dad sucesoria, el artículo 996 sobre aceptación de la herencia, el artículo 1041 sobre gastos no colacionables, los artículos 1052, 1057 y 1060 sobre partición de la herencia con personas con discapacidad, el artículo 753 sobre prohibición de adquirir por testamento, y los artículos 1387 y 1392.1 y suprimido artículo 1330 sobre régimen económico matrimonial.

⁶⁰ Otra opinión parece sostener, no obstante, MAYOR DEL HOYO, 2020, pp. 230-231.

⁶¹ De acuerdo con BAYOD LÓPEZ, 1999, pp. 116-125; 2021a, p. 157; y 2021b, p. 102. Acoge, asimismo, esta interpretación el Justicia de Aragón en su *Sugerencia* 2021, pp. 8-9.

respeto a la autonomía de la voluntad debidamente conjugado con el del interés de la persona con discapacidad. Obsérvese, además, que la nueva redacción que se han dado a estos preceptos no plantea especiales problemas de armonización, al menos en mi modesta opinión, si interpretamos la referencia a las «medidas de apoyo» presente en todos ellos de modo acorde con el sistema de apoyos que rige en esta Comunidad, debidamente modalizado a la luz de la Convención entre tanto no se modifique⁶².

En segundo lugar, por lo que hace a las materias civiles competencia exclusiva del Estado objeto de reforma por la Ley 8/2021, aquí entiendo comprendidos únicamente los artículos del Código civil relativos a la resolución de conflictos de leyes (arts. 15, 21.3.d y 22.2.c), las formas del matrimonio (arts. 56, 81.1 y art. 82.1) y las bases de las obligaciones contractuales (entendiendo por tales los principios esenciales contenidos en los arts. 1163, 1263, 1291.1 y 1299)⁶³, así como los preceptos de la Ley del Registro Civil y de la Ley Hipotecaria en materia de hechos inscribibles. Aunque resulta obvio que tales preceptos son de aplicación directa en Aragón⁶⁴, creo que puede defenderse una interpretación integradora de los mismos con el régimen aragonés presente y futuro, de tal manera que la referencia a dichos preceptos a los apoyos se entienda referida, por lo que hace a esta Comunidad Autónoma, a las concretas medidas de apoyo contempladas en el Código del Derecho Foral de

⁶² Coincide en esta apreciación BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 156. Discrepa, sin embargo, de esta interpretación por considerarla forzada MAYOR DEL HOYO, 2020, pp. 219, 221-223 y 224-225.

⁶³ Obviamente, surge aquí el problema de concretar qué se entiende por «bases de las obligaciones contractuales», por cuanto el legislador estatal ha renunciado a delimitarlas formalmente. Con todo, en atención a jurisprudencia vertida por el Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 132/2019 de 13 noviembre y 157/2021 de 16 septiembre), se impone una interpretación restrictiva de tal expresión, en el sentido de que debe identificarse exclusivamente como aquellas «líneas directrices y criterios globales de ordenación de los contratos» que garanticen una «mínima regulación uniforme» en esta materia. De ello resulta, por consiguiente, a juicio del Tribunal Constitucional, que «el parámetro de control no es la concreta regulación que efectúa el Código civil que, al ser una norma preconstitucional, no puede tener la condición formal de básica», sino «los principios esenciales que inspiran esta legislación», tales como «la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato, la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor o los requisitos de validez y eficacia del contrato». Por todo lo anterior, creo que puede defenderse con BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 157 que los artículos 1301, 1302, 1304 y 1304 Cc, relativos al ejercicio de la acción de anulabilidad por personas con discapacidad, no son aplicables en Aragón, ya que cuenta con su propio régimen al respecto (arts. 34 y 37 CDFA referidos a «no incapacitados» y arts. 22 y 29 CDFA referidos a los menores y aplicables a los «incapacitados» por remisión del art. 39 CDFA), más allá que deban ser revisados.

⁶⁴ De acuerdo con BAYOD LÓPEZ, 2021b, p. 101; y el Justicia de Aragón, *Sugerencia* 2021, p. 8.

Aragón⁶⁵, eso sí, por lo que lo que hace a las actuales, debidamente interpretadas conforme a la Convención.

Con todo, más allá de estas reflexiones personales sobre el marco normativo en vigor en la Comunidad Autónoma de Aragón, no parece prudente alargar más de lo necesario este periodo de interinidad, so riesgo de inseguridad jurídica y que, ante las mismas circunstancias, se adopten soluciones diferentes por los diversos aplicadores del Derecho⁶⁶.

2. SOBRE LA ADECUACIÓN A LA CONVENCION NU 2006 DEL VIGENTE SISTEMA TUTIVO ARAGONÉS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Una vez concretado el marco normativo aplicable en la Comunidad Autónoma de Aragón, interesa ahora hacer un recordatorio de las líneas maestras de su régimen jurídico actualmente vigente en materia de discapacidad, para identificar sus aciertos y déficits a la luz de la Convención NU 2006.

Este sistema, como he apuntado, se encuentra recogido esencialmente en el Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón dedicado al Derecho de la persona, de una parte, en sus artículos 34 a 45 bajo la rúbrica «incapacidad e incapacitación» y, de otra, en sus artículos 100 a 169 bajo la rúbrica «relaciones tutelares». Ello sin olvidar aquellos otros preceptos del mismo cuerpo legal que abordan el tema de la discapacidad a ciertos efectos de índole familiar⁶⁷ y sucesoria⁶⁸, así como los confusos preceptos de la legislación sanitaria aragonesa dedicados al consentimiento informado y a la declaración de voluntades anticipadas⁶⁹.

⁶⁵ Coincide en esta apreciación BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 156. Discrepa, sin embargo, de esta interpretación por considerarla forzada MAYOR DEL HOYO, 2020, pp. 216-219, 223-224 y 227-229.

⁶⁶ Comparte esta opinión BARREDA HERNÁNDEZ, 2022, pp. 66-67. Se expresa en términos similares la Exposición de Motivos del Decreto-Ley catalán 19/2021.

⁶⁷ En particular, los artículos 172 y 173 CDFa sobre composición y causas de idoneidad de la Junta de parientes; el artículo 199 CDFa sobre capacidad para otorgar capitulos matrimoniales; y los artículos 244, 245 y 260 CDFa sobre gestión, causas de disolución judicial y liquidación y división del consorcio conyugal.

⁶⁸ En particular, el artículo 346 CDFa sobre capacidad de las personas físicas para aceptar y repudiar la herencia; los artículos 366 y 367 CDFa sobre partición de la herencia con «incapacitados»; el artículo 378 CDFa sobre capacidad para otorgar pacto sucesorio; el artículo 408 CDFa sobre capacidad para testar; el artículo 415 CDFa sobre incapacidad para ser testigo en los testamentos; el artículo 423 CDFa sobre invalidez testamentaria; el artículo 439 CDFa sobre capacidad para ser comitente en la fiducia sucesoria y el artículo 475 CDFa sobre prohibiciones de adquirir *mortis causa*.

⁶⁹ De una parte, artículos 12, 14.1 letras a y b y 15 Ley 6/2002 de Salud de Aragón; y, de otra, artículo 10 Ley 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.

2.1 La tradicional distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar

En primer lugar, debe advertirse que el sistema aragonés se trata de un sistema que gira, al igual que el estatal hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, en torno a la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Como es sabido, la capacidad jurídica consiste en la posibilidad o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y se adquiere desde el nacimiento con vida *ex* artículo 30 Cc. Por su parte, la capacidad de obrar es la aptitud de la persona para ejercitar los derechos y obligaciones de los que es titular o, en otras palabras, para llevar a cabo por sí misma actos jurídicos de forma válida y eficaz. A partir de ahí, mientras la capacidad jurídica es igual para todos, la capacidad de obrar es graduable y en su ejercicio cabe ya sea la sustitución o representación –personas con discapacidad sujetas a tutela o, en su caso, autoridad familiar rehabilitada o prorrogada con funciones representativas y menores de menos de catorce años–, la asistencia –personas con discapacidad sujetas a curatela asistencial o, en su caso, autoridad familiar rehabilitada o prorrogada con funciones asistenciales y menores mayores de catorce años– o ambas simultáneamente –personas con discapacidad sujetas a curatela representativa y asistencial–⁷⁰.

Tal distinción subyace en los artículos 34 a 39 CDFA relativos a la capacidad de las personas con discapacidad, en función de que haya sido o no «incapacitadas». En particular, de la lectura del artículo 34 se colige que en Derecho aragonés la persona desde los catorce años goza de la presunción de capacidad plena que sólo se destruye en caso de ser «incapacitada». Por añadidura, se presume que los actos que lleve a cabo –conforme a los arts. 7 y 23 CDFA, si es mayor de catorce años– son válidos, salvo que se demuestre que carecía de aptitud de querer y entender. En tal caso, según prevé el artículo 37, el acto adolecerá de anulabilidad, como regla, correspondiendo la legitimación para ello al propio interesado o a su representante legal, si llega a haberlo.

⁷⁰ Artículos 5.3, 12 y 23 CDFA respecto de los menores de edad; y artículos 39, 136 y 150 CDFA para las personas «incapacitadas». Por lo que hace a los menores de edad, interesa aclarar que aquellos con vecindad civil aragonesa con una edad comprendida entre los catorce y dieciocho años gozan de una situación jurídica singular, toda vez que se trata de menores con capacidad anticipada o ampliada. Esta capacidad ampliada, que trae causa del Derecho histórico aragonés, se traduce en que, una vez cumplidos los catorce años, estén o no emancipados, ya no están sujetos a representación legal, de tal manera que pueden realizar por sí solos todo tipo de actos jurídicos y contratos, eso sí con la necesaria asistencia como regla, a prestar por uno cualquiera de sus progenitores que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, el tutor (art. 5.3, en relación con el art. 23 CDFA).

De la capacidad del «incapacitado» se ocupa el artículo 39. Dicho precepto equipara la situación jurídica del «incapacitado» sujeto a tutela a la del menor que no haya cumplido catorce años y la del «incapacitado» sujeto a curatela a la del menor mayor de catorce años, con un planteamiento que, en la actualidad, a mi entender, se revela muy rígido a la luz del principio de proporcionalidad y debida adecuación de las medidas de apoyo a las circunstancias de la persona con discapacidad que consagra el artículo 12.4 Convención NU 2006.

Complementariamente, el Código del Derecho Foral de Aragón incluye una serie de preceptos referidos a la específica capacidad para llevar a cabo ciertos actos jurídicos que se identifica, como regla, con la plena capacidad de obrar vinculada a la ausencia de incapacitación. Así sucede respecto de la capacidad para ejercer la autoridad familiar (arts. 73.2 y 91.1.c), ser miembro de la Junta de Parientes (art. 172.1), otorgar capítulos matrimoniales (art. 199), gestionar el consorcio conyugal (arts. 240 y 242), solicitar la disolución del consorcio conyugal (art. 245.a) aceptar o repudiar la herencia (art. 346), solicitar e intervenir en la partición de herencia (art. 367) y ser fiduciario (art. 440). De esta regla se exceptúan los actos de otorgar testamento (art. 408), ser testigo en el mismo (art. 415.1.a y b) y nombrar fiduciario (art. 439) para los que se exige la «capacidad natural».

Dicho esto, la cuestión a resolver radica en determinar si esta distinción que todavía rige en el Ordenamiento jurídico aragonés resulta coherente con los postulados de la Convención NU 2006 y, en particular, con su artículo 12 que, como es sabido, es el que fija las nuevas pautas del tratamiento jurídico a dispensar a la discapacidad, partiendo del «derecho de las personas con discapacidad a ser reconocidas como personas ante la ley».

Sucede, sin embargo, que esta cuestión no resulta fácil de resolver, dados los términos tan intencionadamente ambiguos en que se expresa dicho precepto y, en particular, sus aptdos. 2.º y 3.º, fruto de su accidentado proceso de redacción con dos posiciones abiertamente enfrentadas: la de aquellos países que abogaban por el pleno reconocimiento y garantía tanto de la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar para las personas con discapacidad; y la de aquellos otros partidarios de referirse exclusivamente a la capacidad jurídica, sin mención alguna de la capacidad de obrar. A este respecto, la lectura de los informes de las sesiones celebradas desde 2002 a 2006 por el Comité Especial encargado de preparar la Convención por mandato de la Asamblea General NU revela que no fue hasta el último periodo de sesiones, ya en 2006, cuando se

adoptó la fórmula de compromiso «ejercicio de la capacidad jurídica», en lugar de la expresión «capacidad para actuar» que se había barajado en los borradores anteriores⁷¹.

De este modo, en su redacción definitivamente aprobada el artículo 12.2 impone a los Estados partes la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen «capacidad jurídica» (*legal capacity*) en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Pero, complementariamente, el artículo 12.3 les impone el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el «ejercicio de su capacidad jurídica» (*exercise of legal capacity*).

Ciertamente la cuestión ha sido y sigue siendo muy debatida y, de hecho, en el proceso de ratificación de la Convención fueron numerosos los países que formularon reservas y declaraciones interpretativas, dirigidas unas a mantener la referencia específica a la «capacidad de actuar» en el artículo 12.2; y otras -provenientes fundamentalmente de países de nuestro entorno- que, aun aceptando la terminología definitivamente acuñada en dicho precepto, sustentaron el encaje de los apoyos sustitutivos en el artículo 12.3 Convención. España, sin embargo, la ratificó sin hacer reserva ni aclaración alguna⁷².

No obstante, personalmente considero que la Convención no ha eliminado la distinción, sino que más bien la ha matizado en coherencia con el modelo social de la discapacidad en que se inspira. Así, parece que, cuando el artículo 12 en su primer aptdo. utiliza el término «capacidad jurídica» se está refiriendo únicamente a la aptitud de toda persona con discapacidad para ser titular de derechos y obligaciones; afirmación que ratifica en el aptdo. 5.º, reconociéndoles ciertos derechos de índole patrimonial –en particular, a ser propietarios y a heredar bienes, a tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero y a controlar sus asuntos económicos– en iguales condiciones con los demás. Pero distinta de esta titularidad es su ejercicio al que se refiere en su aptado. 3.º para imponer a los Estados partes la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las medi-

⁷¹ Los informes y documentación adicional del Comité Especial encargado de preparar el borrador de la Convención pueden consultarse en la siguiente URL: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html>.

⁷² Extraigo esta información de GARCÍA PONS, 2013, pp. 67-68; y PASTOR PALOMAR, 2019, pp. 17-23.

das de apoyo que «puedan necesitar» en el mismo⁷³. De este modo, la Convención está reconociendo que las personas con ciertas discapacidades pueden tener dificultades en el ejercicio de esa capacidad jurídica –lo que tradicionalmente se ha denominado capacidad de obrar– y, por ende, que pueden necesitar apoyo. Ahora bien, ya no se trata –y aquí viene el cambio de enfoque– de privar a una persona con discapacidad de su capacidad en su doble perspectiva estática y dinámica como se venía haciendo hasta ahora, por cuanto ello constituye, a mi entender, una flagrante infracción de los principios que rigen la Convención y, entre ellos, el de respeto a la dignidad de la persona y el de no discriminación (art. 3.1.a y b), sino de concretar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud cuando *de facto* se encuentre limitada⁷⁴, ello necesariamente conjugado con los necesarios ajustes a realizar en los diferentes ámbitos de la sociedad al objeto de garantizar su participación plena y efectiva en la misma.

Otra lectura cuestionable, sin embargo, ofrece el Comité NU sobre los derechos de las personas con discapacidad⁷⁵ en sus Observaciones formuladas con carácter general a los países que han ratificado la Convención (en particular, la Obs. núm. 1/2014 sobre igual reconocimiento como persona ante la ley) como las dirigidas específicamente a España (Obs. finales 2011 y 2019).

⁷³ Coinciden en esta apreciación PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2009, p. 34; RUEDA ESTRADA, ZURRO MUÑOZ y FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, 2014, p. 89. ÁLVAREZ LATA y SEOANE, 2010, p. 23; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013, pp. 22 y 24 y 2021, p. 108; PAU, 2018, p. 6; y PEREÑA VICENTE, 2018a, p. 70 y 2021, p. 197; Discrepan, sin embargo, de esta tesis para interpretar, en línea con el CDPD, que la noción «capacidad jurídica» de la Convención engloba las dos dimensiones, estática (capacidad jurídica) y dinámica (capacidad de obrar) de la capacidad, entre otros, PALACIOS, 2008, p. 464; BARIFFI, 2009, pp. 375 y 378; CUENCA GÓMEZ, 2011, p. 241; PORXAS ROIG, 2018, pp. 368-369; GETE-ALONSO y CALERA, 2020, pp. 19 y 27; RIBOT IGUALADA, 2020, p. 64; y SOLÉ RESINA, 2021, p. 19.

⁷⁴ Comparto en este punto la lectura que del artículo 12 Convención hicieron en su momento la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*, 2016, pp. 8-9 y 25; así como el Comité de Bioética de España en su *Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2017, p. 21.

⁷⁵ Conforme a lo dispuestos en la propia Convención (arts. 34 a 39), el Comité NU sobre los derechos de las personas con discapacidad es un órgano de expertos independientes que supervisa su aplicación por parte de los países que la han ratificado –entre ellos, España en 2007–, lo que se materializa en la formulación de observaciones para aclarar cuestiones que se plantean en la aplicación de la misma, unas de alcance general y otras dirigidas específicamente a cada Estado parte como respuesta a los informes que deben presentarle periódicamente sobre las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones de la Convención (art. 35). Por añadidura, y de conformidad con el Protocolo Facultativo –asimismo, ratificado por España–, corresponde al Comité formular «sugerencias y recomendaciones» a aquellos Estados partes que lo hayan ratificado –también España–, en respuesta a las comunicaciones presentadas por personas bajo su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención (arts. 1 y 5).

Así, el Comité interpreta el aptdo. 2.º del artículo 12 Convención (que, recuérdese, distingue entre «capacidad jurídica» y «ejercicio de la capacidad jurídica») en el sentido de que la «capacidad jurídica» incluye la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercer esos derechos u obligaciones o de actuar en Derecho, acudiendo para ello al aptdo. 5.º del mismo artículo 12, donde ciertamente se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a controlar sus asuntos económicos, pero obviando cualquier referencia al aptdo. 3.º que contempla la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica⁷⁶. Con todo, extrapolando la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional en relación a otros Comités de Naciones Unidas que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos, creo que puede sostenerse que la interpretación que de la Convención esgrime el Comité en sus observaciones puede calificarse de cualificada, pero no de vinculante en el sentido de que genere una obligación de seguirla para los Estados partes⁷⁷.

2.2 La «incapacitación» y consiguiente sujeción a las instituciones tutelares

2.2.1 LA «INCAPACITACIÓN»

De acuerdo con el artículo 38.1 CDFP –coincidente con el antiguo artículo 199 Cc–, si en la persona con discapacidad concurre causa legal de incapacitación habrá de ser «incapacitada» judicialmente, en el sentido de serle privada o limitada su capacidad de obrar en virtud de sentencia. Pues bien, como ya he apuntado, considero que esta previsión no resulta acorde a los postulados de la Convención que, a mi entender, impiden toda privación total o parcial de la capacidad del discapacitado y, por ende, su cambio de estado civil por resultar atentatoria a los derechos humanos para, en su lugar, introducir el concepto de «apoyo» en el ejercicio de la

⁷⁶ Observación CDPD núm. 1 (2014), § 12.

⁷⁷ Coincido así con la lectura que de esta jurisprudencia hacen DE SALAS MURILLO, 2018, pp. 3-4; y FERNÁNDEZ LIESA, 2021, pp. 32-34. Por lo que hace al Tribunal Constitucional, debe repararse en la STC 70/2002 de 3 abril que sentó la siguiente doctrina en relación al Comité NU de derechos humanos: «las observaciones que, en forma de Dictamen, emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia» (FJ 7). Reproducen posteriormente esta afirmación las SSTC 296/2005 de 21 noviembre (FJ 3), 116/2006 de 24 abril (FJ 4), 23/2020 de 13 febrero (FJ 6) y 184/2021 de 28 octubre (FJ 5).

capacidad jurídica⁷⁸. Es más, como ya he apuntado *ab initio*, me aventuro a afirmar que en el momento presente se impone una relectura de dicho precepto a la luz del vigente proceso de provisión de medidas judiciales de apoyo, sin que encuentre argumentos suficientes para sustentar que en Aragón todavía es posible la incapacitación. A partir de ahí, no considero que la nueva regulación procesal articulada por la Ley 8/2021 se limite a un mero cambio de terminología o, si se me permite la expresión, de lavado de cara. Al contrario, una lectura detallada de la misma revela una apuesta decidida del legislador estatal por acomodar el nuevo proceso al concepto de discapacidad que propugna la Convención, así como a sus principios rectores y, entre ellos especialmente, los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad⁷⁹. Se impone así un cambio de mentalidad entre los operadores jurídicos a la hora de proceder a su aplicación⁸⁰, de tal manera que la concreta medida que adopten sea proporcionada y responda a las necesidades reales de apoyo de la persona con discapacidad, desterrando cualquier tentación de generalización o tratamiento uniforme.

La noción legal de causas de incapacitación viene dada por el artículo 38.2 CDFA, que, de modo coincidente con el antiguo artículo 200 Cc, requiere la concurrencia de dos presupuestos: primero, padecer una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico; y segundo, que impida a la persona gobernarse por sí misma.

⁷⁸ De hecho, el Tribunal Supremo en su jurisprudencia vertida desde la ratificación de la Convención NU 2006 hasta la entrada en vigor de la reforma estatal 2021 (entre otras, SSTs de 24 junio 2013, de 30 junio 2014 de 20 octubre 2014, de 20 octubre 2015 y de 6 mayo 2021), si bien descartó que la incapacitación fuese contraria a la Convención –afirmación de la que me permito discrepar–, reconoció que la misma comportaba una limitación de los derechos fundamentales y, por tanto, debía hacerse siempre siguiendo un criterio restrictivo. Sostiene, no obstante, la adecuación del artículo 38 CDFA a los principios de la Convención BAYOD LÓPEZ, 2021, p. 152, aunque proponga su supresión *de lege ferenda*.

⁷⁹ En este sentido, son aspectos a valorar muy positivamente la exigencia relativa a que el Juez en cada caso determine los actos que requieran la intervención de curador (art. 269.2 Cc); el carácter necesariamente proporcionado (art. 268.1 Cc) y revisable de las medidas judiciales de apoyo (art. 268.2 Cc, art. 761 LEC y art. 42 bis.c LJV); y la importante modificación de que es objeto el sistema de prueba en línea con el modelo de la discapacidad que inspira la Convención, sustituyéndose la exploración judicial por la entrevista con la persona con discapacidad y el dictamen médico exclusivo por dictámenes de profesionales ya no sólo del ámbito sanitario, sino también jurídico y social –el denominado «sistema de mesa redonda»– que no se limiten a diagnosticar la deficiencia, sino «que aconsejen las medidas de apoyo idóneas en cada caso» (art. 759 LEC y art. 42 bis.b LJV).

⁸⁰ Idea en la que incidieron antes de la reforma estatal la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, 2016, pp. 8-9; y Plena Inclusión, *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, 2018, pp. 32-35. Se expresan en los mismos términos ALÍA TORRES, 2018; MERINO HERNÁNDEZ, 2020, p. 70; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, 2021; GRANADOS DE ASENSIO, 2021 p. 4; MORO ALMARAZ, 2021, pp. 3 y 5; VIVAS TESÓN, 2021, p. 283; y CORTADA CORTIJO, 2022, p. 8.

Sucede, sin embargo, que tradicionalmente los tribunales aragoneses han centrado su atención en la primera parte del precepto, poniendo el acento de la existencia de la enfermedad/o deficiencia que proporciona un dictamen médico que contiene el correspondiente diagnóstico, olvidando su segunda parte, esto es, las posibilidades reales de autogobierno de la persona que pueden ser mayores o menores en función de sus circunstancias personales pero también de su entorno familiar y social⁸¹. Sólo la jurisprudencia aragonesa más reciente, en particular desde 2019, sostiene con buen criterio, en línea con el Tribunal Supremo (STS de 1 julio 2014), que lo verdaderamente relevante a efectos de calificar una enfermedad o deficiencia como posible causa de incapacitación «es la limitación, total o parcial, de la capacidad de autogobierno para atender a su persona y sus bienes».

Con todo, y pese a esta acertada relectura del precepto que ofrece en los últimos años el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y que ha acogido, asimismo, la jurisprudencia menor⁸², tal noción legal no resulta acorde con la Convención NU 2006, por cuanto se inspira exclusivamente en el modelo médico de la discapacidad, centrando su atención en los factores personales –la discapacidad como problema exclusivamente personal, causado por una enfermedad o deficiencia– y omitiendo los factores sociales o externos –la discapacidad como un constructo social, resultado de las interacciones entre un individuo y un entorno *a priori* no concebido para él–.

Como es sabido, dicho modelo ha sido sustituido en la Convención, no sin algún matiz, por el modelo social de la discapacidad, según el cual su tratamiento viene dado por la necesaria integración social de las personas con discapacidad, lo que, a mi juicio, merece una valoración muy positiva, en cuanto como señala la propia Convención en su artículo 3.d, se basa en «el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas» –idea que responde al modelo de la diversidad como submodelo del modelo social–⁸³. Así, en su Preámbulo declara que «la discapacidad es un concepto [...] que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las

⁸¹ Como advierten, entre otros, la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, 2016, pp. 8-9; la Asociación española de fundaciones tutelares, *Modelo de tutela*, 2012, p. 10; y LIZARRAGA LARA *et al.*, 2021, p. 32.

⁸² SSTSJ Aragón de 14 enero 2019 y de 1 julio 2021; y, en la jurisprudencia menor, SSAP Zaragoza núm. 184 de 17 mayo 2019, núm. 365 de 4 noviembre 2019, núm. 88 de 9 marzo 2020, núm. 249 de 23 septiembre 2020, núm. 344 de 25 noviembre 2020 y núm. 14 de 18 enero de 2021.

⁸³ De acuerdo con VELARDE LIZAMA, 2012, p. 132.

demás». Por añadidura, haciéndose eco del postulado del modelo social según el cual las personas con discapacidad tienen tanto que aportar a la sociedad como aquellas que no lo son, su Preámbulo aboga por reconocer «el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades». De igual modo, la lectura de su artículo 3 revela una total coincidencia entre los principios generales de la Convención y los postulados básicos del modelo social: respeto a la dignidad y autonomía, participación en la sociedad y accesibilidad y respeto a la diversidad. Por añadidura, resulta indudable que el modelo social inspira buena parte de su articulado. Resultan reveladores al respecto el artículo 9 que impone a los Estados partes la adopción de las medidas pertinentes para garantizar a las personas con discapacidad la accesibilidad universal; el artículo 19 que reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir en comunidad en igualdad de condiciones; el artículo 21 que impone a los Estados partes la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión en igualdad de condiciones, incluido el acceso a la información; el artículo 24 que reconoce el derecho a la educación de las personas con discapacidad, en el marco de un sistema educativo inclusivo; el artículo 26 que impone a los Estados partes la obligación de adoptar medidas efectivas y pertinentes para que puedan lograr la máxima independencia y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida; el artículo 27 que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones; el artículo 29 que impone a los Estados partes la obligación de garantizar a las personas con discapacidad la posibilidad de gozar de los derechos políticos en igualdad de condiciones, incluido el derecho a votar y a ser elegidos; y el artículo 30 que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a participar en la vida cultural en igualdad de condiciones.

Ahora bien, los redactores de la Convención introdujeron, a mi juicio con buen tino, ciertas modulaciones a este modelo social⁸⁴, prescindiendo de la versión más extrema del mismo que considera la sociedad como principal causante de la discapacidad⁸⁵, sin reconocer que hay otros factores personales determinantes que sí toma en consideración el modelo médico; versión que, no obstante, ha acogido el Comité NU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así resulta de la noción de las personas con discapaci-

⁸⁴ Propugnan, asimismo, una lectura de la Convención a la luz de este enfoque ÁLVAREZ LATA y SEOANE, 2010, p. 17.

⁸⁵ Sobre esta versión más extrema del modelo social recomiendo la lectura de VALLEJOS, 2011.

dad que ofrece el artículo 1.1 donde se aúnan los factores personales con los factores externos o sociales de la discapacidad, a saber: «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»⁸⁶. E igualmente del artículo 12.3 que impone a los Estados partes el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el «apoyo» que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, ello con las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos desde la perspectiva de los derechos humanos. Otro concepto fundamental presente en la Convención que, entiendo, va en la línea apuntada es el de los «ajustes razonables» a realizar necesariamente en los ámbitos de la justicia (art. 13.1), de la educación (art. 24.2.c) y laboral (art. 27.1.i) para adecuarlos a las necesidades específicas de las personas con discapacidad.

Opta, sin embargo, por otra lectura un tanto discutible el Comité para afirmar en su Obs. núm. 1 (2014) que «la capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende los contextos sociales y políticos»⁸⁷. Por añadidura, el Comité ofrece una respuesta uniforme al tratamiento de la discapacidad que parte de la premisa que todas las personas deben poder tomar sus propias decisiones⁸⁸, olvidando que la discapacidad engloba situaciones muy diversas las que no se puede dar una respuesta única, como ya advirtió en su momento la STS de 29 abril 2009⁸⁹.

2.2.2 LA SUJECCIÓN A LAS INSTITUCIONES TUTELARES DERIVADA DE LA «INCAPACITACIÓN»

En el sistema aragonés vigente la incapacitación de una persona conlleva su sujeción a las instituciones tutelares previstas en el

⁸⁶ Coincido así con DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, 2016, p. 84, cuando afirma que «la discapacidad no es la deficiencia ni tampoco la barrera que dificulta a las personas con deficiencias puedan participar plena y efectivamente en la sociedad, sino que es la interacción entre ambas (las personas con deficiencias y las barreras)». Inciden en la concurrencia de ambos elementos, entre otros, MARTÍNEZ-PUJALTE y FERNÁNDEZ ORRICO, 2016, p. 11; DE SALAS MURILLO, 2018, pp. 10-11; y PORXAS ROIG, 2018, p. 368.

⁸⁷ Cfr. Obs. núm. 1 (2014) CDPD, § 14. Interesa, igualmente, su § 13 donde sostiene que «la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos *factores ambientales y sociales* (la cursiva es nuestra).

⁸⁸ Así resulta de la lectura de la Obs. núm. 1 (2014), § 29; Obs. núm. 5 (2017), § 38 y 80, y Obs. núm. 6 (2018), § 47.

⁸⁹ Hacen la misma advertencia en la doctrina ÁLVAREZ LATA y SEOANE, 2010, p. 15; ATIENZA RODRÍGUEZ, 2016, p. 264; CANIMAS BRUGÉ, 2016, núm. 39, pp. 16-1; ALEMANY, 2018, pp. 213-214; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2021, p. 111.

Código del Derecho Foral de Aragón, a las que su artículo 100 atribuye como finalidad «la guarda y protección de la persona y bienes del incapacitado».

Pues bien, esta visión protectora o asistencial de la discapacidad también se ha visto superada por la Convención en coherencia con el modelo social que acoge. Así, de modo muy significativo ha desaparecido de la misma el término «protección» para sustituirse por el de «apoyo», a la par que se omite entre sus principios rectores el del interés superior de la persona con discapacidad que hasta ahora presidía la materia, incorporándose, en su lugar, el de respeto a la voluntad y preferencias (art. 3.a, en relación con el art. 12.4 Convención)⁹⁰. Con todo, muy razonablemente prevé la Convención que habrán de incorporarse las salvaguardas adecuadas a fin de asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos de las personas con discapacidad y, por añadidura, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida (art. 12.4)⁹¹.

Es más, la Convención, de nuevo, incurre en una intencionada ambigüedad, renunciando a clarificar el significado que ha de darse al término «apoyo»⁹². Ahora bien, la lectura de sus trabajos preparatorios revela la predisposición de no pocas delegaciones a incluir una referencia expresa a la posible adopción de medidas representativas como solución excepcional y con las salvaguardias necesarias. Ciertamente que tal mención fue suprimida de la fórmula definitivamente adoptada, pero parece que con el único fin de evitar una «utilización excesiva de la misma por los Estados partes y socavar el concepto de apoyo a la adopción a la toma de decisiones», más que con ánimo de excluir la representación de modo absoluto⁹³.

⁹⁰ Nótese que este principio sigue estando presente en la Convención respecto de los menores de edad, pero ya no por razón de su discapacidad, sino de su minoría edad (arts. 7.2 y 23.2).

⁹¹ En ese sentido considero matizable la lectura que del artículo 12.4 Convención ofrecen el Tribunal Supremo (SSTS de 16 junio 2016, de 18 julio 2018 y de 6 mayo 2021) y, en la doctrina, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2021, p. 119, para defender la inclusión expresa en el mismo del principio del interés superior de la persona con discapacidad. Y es que, a mi juicio, si los redactores de la Convención hubieran querido su plasmación en el texto definitivamente aprobado, así lo hubieran hecho, como ha sucedido respecto del principio superior del menor, presente en el artículo 7.2 Convención. En su lugar, optan por prescindir del mismo, sin duda, a fin de evitar ese paternalismo excesivo que subyacía en el tradicional tratamiento de la discapacidad, pero sin dejar de reconocer implícitamente la situación de vulnerabilidad en que se pueden encontrar las personas con ciertas discapacidades –psíquicas, fundamentalmente– como subyace en las expresiones «conflicto de interés» e «influencia indebida».

⁹² Coinciden en esta apreciación DE SALAS MURILLO, 2018, p. 2; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2021, p. 115.

⁹³ Según resulta de las afirmaciones vertidas en los § 21 y 22 del informe correspondiente a la 5.ª sesión (24 enero a 4 febrero de 2005) del Comité encargado de elaborar la Convención esto es, el Comité sobre una Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Con todo, tratando de zanjar cualquier duda que pudiese suscitarse al respecto, no pocos países formularon reservas y declaraciones interpretativas al artículo 12.3 en el sentido de interpretar que la Convención permite la representación en la toma de decisiones⁹⁴. Por todo ello y, es más, si atendemos a la propia filosofía que inspira la Convención –modelo social con matices, como he defendido anteriormente– parece resultar que, por lo que hace a las personas con discapacidad psíquica –ya sea, con discapacidad intelectual o por enfermedad mental–, este apoyo *a priori* será meramente asistencial en aras a la necesaria potenciación de su autonomía y sólo en casos excepcionales podrá ser representativo, esto es, podrá consistir en decidir «por» la persona –esto es, sustituir su voluntad precisamente por carecer de la misma– y no «con» ella⁹⁵. En definitiva, a mi juicio, la Convención no excluye el sistema de sustitución de toma de decisiones, pero ciertamente lo contempla como último recurso al que acudir cuando sea estrictamente necesario y, por añadidura, debidamente modulado por el principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, siempre que sea posible.

Otra interpretación, de nuevo, un tanto cuestionable ofrecen del término «apoyo» las Observaciones del Comité, en coherencia con el modelo social que acoge sin fisuras. De este modo, el Comité interpreta el artículo 12.3 Convención (relativo a la posible necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica) en el sentido de descartar en todo caso el apoyo sustitutivo o representativo de las personas con discapacidad, cuando realmente esto no dice el precepto⁹⁶. Así, aunque el Comité no deja de reconocer que el término «apoyo» acuñado por la Convención es «un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos de distintos tipos e intensidades»⁹⁷, entiende que «nunca debe consistir en decidir

⁹⁴ Información extraída de GARCÍA PONS, 2013, pp. 67-68; y PASTOR PALOMAR, 2019, pp. 19-20.

⁹⁵ Comparte la interpretación que aquí se sustenta la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2010, de 29 noviembre. En la doctrina, entre otros, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2009, pp. 349-350; ÁLVAREZ LATA y SEOANEN, 2010, p. 23-24; DE SALAS MURILLO, 2018, p. 14; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2021, pp. 115-118; y PEREÑA VICENTE, 2021, p. 198.

⁹⁶ En la doctrina suscriben tal interpretación PALACIOS, 2008, p. 453; BARIFFI, 2009, p. 355; PÉREZ BUENO, 2016, p. 178; PORXAS ROIG, 2018, p. 369; y LÓPEZ BARBA, 2020, pp. 16, 28 y 33. Discrepa, sin embargo, de esta lectura y de la ideología extremadamente liberal que subyace en la misma ALEMANY, 2020, pp. 5-6, cuyos argumentos comparto.

⁹⁷ Afirmación en la que coincido plenamente, ya que, como advierte DE SALAS MURILLO, 2018, p. 3, «las personas con discapacidad requieren de apoyos de distinto orden en el ejercicio de su capacidad legal: desde apoyos físicos visuales, auditivos, o de eliminación de barreras arquitectónicas [...] a aquéllos que faciliten la accesibilidad cognitiva». En términos similares se expresa el Comité de Bioética español, *Informe*, 2017, p. 21; y, en la doctrina, CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, 2022, p. 262.

por ellas», ya que «en todo momento, incluso en las situaciones de crisis debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones»⁹⁸. Sin duda, esta afirmación es muy bien intencionada, pero, a mi entender, peca de poco realista si atendemos a las graves alteraciones mentales y/o intelectuales que padecen algunas personas y, por ende, anulan su capacidad para tomar decisiones autónomas. Insistiendo en esta línea argumentativa, el Comité considera que las salvaguardias requeridas por el aptdo. 4.º «deben incluir la protección contra la influencia indebida», pero que tal protección «debe respetar los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y cometer errores», sin matiz o salvedad alguna⁹⁹.

2.3 La naturaleza mixta (representativa/asistencial) del sistema tuitivo vigente

Por lo que hace a las concretas medidas de protección (o apoyo, conforme a la terminología acuñada por la Convención) con las que cuenta una persona con discapacidad en Derecho civil aragonés, el sistema vigente puede calificarse de mixto, por cuanto combina el modelo de sustitución con el de asistencia en la toma de decisiones.

Así, por un lado, se contempla la tutela (arts. 130 a 147 CDFa) mecanismo de sustitución absoluta en que el tutor representa a la persona con discapacidad (art. 12 CDFa, por remisión del art. 39 CDFa que equipara el «incapacitado» sujeto a tutela al menor de catorce años); administra su patrimonio, salvo que se haya designado administrador voluntario, (arts. 135 y 139 CDFa); y cuida de su persona, lo que incluye –en un planteamiento exclusivamente asistencial– «procurarle la atención especializada que requiera» y «promover la adquisición o recuperación de su capacidad y «su mejor inserción en la sociedad» (arts. 136.2 y 138 CDFa). Esta figura, regulada en términos muy semejantes en el Código civil (antiguos arts. 267 a 270), ha sido suprimida del Derecho estatal en la reforma de 2021, en mi opinión –ya adelanto– con buen criterio, por adolecer de excesiva rigidez.

Y, por otro, se regula la curatela (arts. 148 a 151 CDFa), mecanismo tuitivo en el que el curador, en principio, se limita a prestar asistencia a la persona con discapacidad en aquellos actos que el juez decida o, en su defecto, la ley determine (art. 150.1 CDFa).

⁹⁸ Obs. CDPD núm. 1 (2014), § 17 y 18.

⁹⁹ Obs. CDPD núm. 1 (2014), § 20.

Introduzco esta matización («en principio»), porque el legislador aragonés ya en 2006 configuró, con gran acierto a mi entender, una curatela muy flexible¹⁰⁰, facultando al Juez a atribuir al curador la representación parcial para determinados actos de gestión de la persona con discapacidad, así como a circunscribirla al ámbito personal (antiguo 136 LDp, actual art. 150.2 CDFa). Por añadidura, el art. 137 LDp 2006 (actual art. 151 CDA) clarificó el significado que había de darse al término «asistencia», remitiéndose a tal objeto a lo dispuesto para la asistencia del menor mayor de catorce años, debiendo así interpretarse en el sentido de asentimiento o aprobación –expresa o tácita–, de quien no otorga ni es parte del acto, conforme a lo dispuesto en su artículo 24 (actual art. 25 CDFa)¹⁰¹, de tal manera que la ausencia de la misma determina su anulabilidad. Esta modalidad de curatela mixta, asistencial/representativa, es la que precisamente ha acogido el artículo 269 Cc en su redacción dada por la reforma de 2021, en cuanto que, aun configurándola, como regla, con carácter asistencial, contempla la posibilidad excepcional de reforzarla, permitiendo al Juez atribuir al curador la representación de la persona con discapacidad con alcance personal y/o patrimonial, ya sea parcial o general.

Ambas medidas de apoyo continuo se complementan con las figuras de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada que vienen a coincidir con las suprimidas patria potestad prorrogada o rehabilitada, no sin importantes divergencias. La primera tiene que ver con su contenido, más limitado que el de la patria potestad, en cuanto el de la autoridad familiar se reduce al ámbito personal (arts. 63.1 y 65.1 CDFa)¹⁰². Ello sin olvidar que la autoridad familiar sólo conlleva la representación legal cuando la persona con discapacidad en el oportuno proceso –antes de incapacitación y ahora de provisión de medidas judiciales de apoyo– sea equiparado al menor de edad inferior a catorce años; no así, en cambio, de quedar sujeto al régimen del menor mayor de catorce

¹⁰⁰ Según hace constar SERRANO GARCÍA, autor del primer borrador de la Ley de Derecho de la persona de 2006, en su *Memoria del texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona, título III: de las relaciones tutelares*, Zaragoza, 2004, pp. 201 y 203-204.

¹⁰¹ En tales términos se expresa PARRA LUCÁN, 2021, p. 141, que reproduce BAYOD, LÓPEZ, 2015, p. 139.

¹⁰² En concreto, el artículo 63.1 CDFa configura la autoridad familiar como el poder adecuado para cumplir el «deber de crianza y educación» de los hijos menores no emancipados y, por extensión, de los hijos mayores «incapacitados» sujetos a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Por su parte, el artículo 65.1 CDFa especifica los derechos y deberes de índole personal que comprende la crianza y educación de los hijos. De este modo, la gestión del patrimonio del menor o mayor «incapacitado» corresponde a los titulares de la autoridad familiar –siempre que sean los progenitores– como función aneja a la autoridad familiar (artículo 94 CDFa) y, además, sólo hasta que el hijo cumpla catorce años en lo que atañe a los actos dispositivos (arts. 9.1 y 23 CDFa).

años, en cuyo caso corresponderá a los titulares de la autoridad familiar la mera asistencia (art. 12.1 y 23, en relación con el art. 39 CDFA). La segunda atañe a sus titulares, toda vez que los artículos 85 a 87 CDFA atribuyen la autoridad familiar no sólo a los progenitores, sino de modo subsidiario a otras personas, en particular, por este orden: padrastro/madrastra, abuelos y hermanos mayores. A partir de ahí, de modo coincidente con el antiguo artículo 171, 1.^a parte Cc, el artículo 41 CDFA contempla la prórroga, por ministerio de ley, de la autoridad familiar –o, en su caso, la tutela– respecto de aquellos «incapacitados» durante su minoría de edad, cuando alcanzan la mayoría de edad; previsión esta que, a mi juicio, actualmente resulta inaplicable, en atención a la nueva legislación procesal que, además de impedir la incapacitación, parece restringir la provisión de medidas judiciales de apoyo a los mayores de edad o menores emancipados¹⁰³. Por su parte, el artículo 42 CDFA –con un tenor similar al del antiguo art. 171, 2.^a parte Cc– permite la rehabilitación, también por ministerio de ley, de la autoridad familiar para aquellos «incapacitados» –entiéndase, provistos judicialmente de apoyos– tras su mayoría de edad, siempre que permanezcan solteros y convivan con alguno de los antiguos titulares de aquella, y –añade el texto aragonés– no haya formulado previsiones sobre delación voluntaria, en cuyo caso habrán de respetarse, como regla, a tenor de lo dispuesto en el artículo 114.2 CDFA. Ahora bien, en el régimen legal aragonés el automatismo de la prórroga o rehabilitación no es absoluto, sino que se ve modulado por lo dispuesto en el artículo 43 CDFA que permite al Juez acordar la tutela o curatela, en atención a las circunstancias concretas del caso, tanto de la persona con discapacidad como de sus parientes a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada¹⁰⁴.

¹⁰³ De acuerdo con la STS de 8 septiembre 2021 y, además, en atención a lo dispuesto en el artículo 249 Cc para las medidas de apoyo en general.

¹⁰⁴ Singularidad que, asimismo, pone de relieve BAYOD LÓPEZ, 2015, p. 152; y, en la jurisprudencia, la STSJ Aragón de 20 abril 2017 para añadir, a continuación, que se trata de una «facultad discrecional del juzgador de instancia, que ha de ser suficientemente motivada, y cuya revisibilidad en casación tan solo es posible si se acredita que la decisión adoptada vulnera el ordenamiento jurídico y no existe ninguna correlación lógica en pro del superior interés de la persona incapacitada». El Tribunal Superior confirma así la decisión del Tribunal *a quo* (SAP Zaragoza núm. 740 de 29 noviembre 2016) que respecto a una persona declarada incapaz total decide, en atención a las circunstancias concurrentes –relación conflictiva entre los progenitores desde su separación y, por ende, imposibilidad de toma conjunta de decisiones–, constituir la tutela a favor de la madre que siempre se ha ocupado de su cuidado, en vez de rehabilitar la autoridad familiar a favor de ambos progenitores como pretende el padre, por estimarlo más acorde al interés de aquella. Con anterioridad, la SAP de Zaragoza núm. 306 de 11 junio 2013 ya había hecho uso de la alternativa prevista en el artículo 43 CDFA para denegar la rehabilitación de la autoridad familiar solicitada por el padre de una declarada incapaz parcial y, en su lugar, confirmar la curatela constituida a favor de la madre por el Juzgado, en un supuesto muy similar al descrito.

Así las cosas, *a priori* cabe entender que este modelo mixto de sustitución/asistencia en toma de decisiones resulta acorde con la Convención NU 2006, aunque el Comité ciertamente abogó en sus Observaciones por la supresión de las medidas de sustitución en la toma de decisiones, como hemos señalado. Ahora bien, sucede que en el Código del Derecho Foral de Aragón –al igual que en el régimen estatal anterior a la reforma 2021¹⁰⁵– existe una importante disparidad normativa entre ambas figuras (en el Código del Derecho Foral de Aragón hay 17 preceptos dedicados a la tutela y solo 5 preceptos dedicados a la curatela), lo que permite presumir el carácter meramente subsidiario de la curatela; ello a la inversa de lo que, a mi juicio, propugna la Convención cuando impone a los Estados partes en su artículo 12.4 la obligación de establecer «medidas proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de las personas».

Sucede, además, que esta impresión se ve confirmada en buena medida con la lectura de la jurisprudencia aragonesa, al menos la vertida hasta bien entrado 2019. En efecto, la consulta de las sentencias de las Audiencias Provinciales con sede en Aragón y, complementariamente, de algunas procedentes de JPI dictadas desde 2006 –año en que se aprobó la Ley de Derecho de la persona– hasta 2019 revela que la tutela es el resultado mayoritario de los procesos de incapacitación, cuando, no se olvide, la Convención NU 2006 era aplicable directamente en España desde mayo de 2008 y el propio Tribunal Supremo, en jurisprudencia reiterada, se había manifestado sobre el carácter excepcional de esta medida de apoyo¹⁰⁶. Nos encontramos así, durante este lapso temporal con casi el doble de sentencias constitutivas de tutela¹⁰⁷. Sólo a partir de la segunda mitad de 2019 se observa una cierta flexibilización de esta jurisprudencia que se traduce en un incremento de las incapacidades parciales –en vez de totales– y, por ende, de las curatelas que alcanzan así el número de tutelas constituidas¹⁰⁸. Con todo, me atrevo a afirmar que esta flexibilización

¹⁰⁵ Como advirtieron en su momento ALVÁREZ LATA y SEOANE, 2010, p. 30.

¹⁰⁶ Según resulta de la lectura de las SSTs de 11 octubre 2012, de 24 junio 2013, de 1 julio 2014, de 30 junio 2014, de 20 octubre 2014, de 27 noviembre 2014, de 13 mayo 2018, de 16 mayo 2017, de 11 octubre 2017, de 7 marzo 2018, de 19 febrero 2020 y de 3 diciembre 2020.

¹⁰⁷ En total, 39 sentencias referidas a la tutela (36 provenientes de Audiencias provinciales y 3 de Juzgados de Primera Instancia con sede en Aragón) frente a 23 sentencias sobre curatela (17 provenientes de Audiencias Provinciales y 6 de Juzgados de Primera Instancia). Esta afirmación viene corroborada por los datos estadísticos aportados por LÓPEZ-MELÚS MARZO, 2020, p. 246, sobre las instituciones tutelares constituidas judicialmente por el Juzgado de Zaragoza con competencia exclusiva en incapacitaciones durante los años 2017 y 2018: 1116 sentencias constitutivas de tutela (86,24 %) frente a 91 sentencias constitutivas de curatela (7,03%).

¹⁰⁸ En total, 12 sentencias referidas a curatela y 12 constitutivas de tutela.

resulta más aparente que real, toda vez que la mayor parte de las sentencias, considerándolo lo más beneficioso para las personas con discapacidad implicadas, atribuyen a los curadores amplias facultades representativas, aun reconociendo la capacidad parcial de autogobierno de aquellas¹⁰⁹.

Mención aparte merece la SPJI núm. 13 de Zaragoza de 14 diciembre 2021, en cuanto ya dictada bajo la vigencia de la Ley estatal 8/2021. Dicha resolución renuncia con buen criterio a declarar la incapacitación de una persona diagnosticada de «moderado retraso mental y deterioro cognitivo» para, en su lugar, proveerle de apoyos, invocando para ello la aplicación «supletoria» –a mi juicio, directa– del nuevo procedimiento previsto en la legislación procesal civil. Ello no le impide especificar las causas que determinan la concreta necesidad de apoyo, en un planteamiento probablemente alejado de la filosofía de la reforma estatal contraria a especificar quien puede ser sujeto de apoyos, pero, sin duda, realista, toda vez que difícilmente se puede concretar el apoyo a prestar sin «fijar la exacta situación y alcance de la discapacidad con su concreto entorno familiar y socio comunitario», como puede leerse en la sentencia¹¹⁰. Llega así a la conclusión que la medida de apoyo a adoptar es una curatela «con funciones asistenciales», aunque cuando especifica su contenido, se refiere a «la particularidad de que será el curador el que gestionará los ingresos del discapacitado en su representación, incluido, en su caso, el salario o la pensión que pueda recibir, y también será quien le facilitará pequeñas cantidades para sus gastos cotidianos», lo que

¹⁰⁹ Sirva de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 208 de 13 julio 2020 que mantiene la extensión y límites de la incapacitación establecidos por el fallo de la sentencia de primera instancia recurrida en los siguientes términos: «En relación con el contenido de la curatela lo concerniente al ámbito personal, atañe la función de control para que tal sujeto deba someterse a las pertinentes revisiones médicas y al tratamiento prescrito para su enfermedad, otorgándose la facultad de gestionar dicha cuestión, y para el caso de incumplir sus indicaciones, solicitando el auxilio necesario de las autoridades, ya para el tratamiento ambulatorio forzoso, ya el internamiento psiquiátrico involuntario, según proceda. Como complemento de lo anterior, la persona incapacitada precisará pues la anuencia de la curadora para todos los actos de contenido patrimonial, y gestiones administrativas, en especial, para actos de disposición sobre bienes inmuebles y para contratar préstamos y créditos. Todo ello con la particularidad de que será la curadora la que gestionará los ingresos de la persona incapacitada parcial en representación de la misma, incluido, en su caso, el salario o la pensión que pueda recibir, y también será quien le facilitará pequeñas cantidades para sus gastos cotidianos». Confirman fallos idénticos las SSAP de Zaragoza núm. 208 de 13 julio 2020, núm. 249 de 23 septiembre 2020, núm. 344 de 25 noviembre 2020, núm. 42 de 3 febrero 2021, núm. 57 de 15 febrero 2021 y núm. 290 de 20 julio 2021.

¹¹⁰ Con todo, más allá de que coincida en esta apreciación, puede dudarse, con GARCIMARTÍN MONTERO, 2021, p. 134 de la pertinencia de incluir expresamente en el pronunciamiento judicial la descripción de la discapacidad que justifica la necesidad de una medida de apoyo judicial, como así se hace en la sentencia reseñada.

no deja de resultar contradictorio con el carácter meramente asistencial atribuido a la misma¹¹¹.

Los fallos de las sentencias constitutivas de tutela coinciden, como regla, en declarar la incapacidad total y permanente de la persona con discapacidad para regir su persona y sus bienes y su subsiguiente sujeción al régimen de la tutela («en toda su extensión» especifica la SAP de Zaragoza núm. 234 de 28 marzo 2017), con lo que ello implica: impedir a la persona la realización de todo tipo de actos de orden personal y patrimonial, sustituyéndole el tutor en la toma de decisiones sin salvedad alguna¹¹². En este bloque resulta particularmente llamativa la SJPII núm. 2 de Monzón de 16 julio 2019 que, aunque reconoce que la demandada presenta una demencia incipiente –aunque ciertamente progresiva e irreversible–, declara ya su incapacidad total tanto en su esfera personal («gobierno de la persona») como patrimonial («administración y disposición de sus bienes»), incluidos el ejercicio del derecho al sufragio y la capacidad de testar y decide someterla a tutela, nombrando tutora a tal fin a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos del Gobierno de Aragón, por considerar inhábil a su único hijo. Es más, resulta cuestionable que algunas sentencias, pese a declarar la incapacidad parcial, opten también por la tutela, con un planteamiento excesivamente invasivo, aunque invoquen para ello la necesaria protección de la persona con discapacidad¹¹³.

¹¹¹ En lo demás, su fallo es totalmente coincidente con el de las sentencias reseñadas en la nota anterior.

¹¹² SSAP Huesca núm. 177 de 30 julio 2010 y núm. 233 de 30 diciembre 2014; SAP Teruel núm. 190 de 18 noviembre 2008; SSAP Zaragoza núm. 217 de 8 abril 2010, núm. 296 de 11 mayo 2010, núm. 135 de 13 marzo 2012, núm. 122 de 6 marzo 2013 («salvo para llevar a estrictamente actividades diarias y primarias»), núm. 230 de 12 mayo 2015, núm. 645 de 22 diciembre 2015, núm. 389 de 21 junio 2016, núm. 234 de 28 marzo 2017, núm. 659 de 10 octubre 2017, núm. 665 de 10 octubre 2017, núm. 13 de 16 enero 2018, núm. 141 de 13 marzo 2018, núm. 158 de 20 marzo 2018, núm. 208 de 17 abril 2018, núm. 374 de 19 junio 2018, núm. 435 de 18 julio 2018, núm. 504 de 9 noviembre 2018, núm. 313 de 26 septiembre 2019, núm. 365 de 4 noviembre 2019, núm. 74 de 24 febrero 2020, núm. 276 de 9 julio 2021; SJPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 1 diciembre 2020 («tutela que se extenderá a la toma de decisiones más graves referidas a su salud, ámbito económico y legal», sin mayor precisión); y SJPI núm. 13 de Zaragoza de 2 diciembre 2020.

¹¹³ Puede mencionarse a este respecto la SAP Zaragoza núm. 477 de 29 julio 2008 que confirma el fallo de primera instancia favorable a declarar la incapacitación parcial de la demandada por apreciar una «parcial anulación de su capacidad de autogobierno de sus bienes y persona» derivada de un «trastorno delirante crónico con trastorno de personalidad» y a nombrarle como tutora a la Comisión de Tutela y Defensa de Adultos, privándole totalmente de capacidad para regir el ámbito personal de su vida y casi absolutamente de capacidad patrimonial, en cuanto la reduce «a los pequeños gastos del día». La SAP Zaragoza núm. 673 de 1 diciembre 2009 que confirma el fallo de primera instancia favorable a la declaración la incapacidad parcial «para asistencia médica y administración de medicamentos, así como para actos patrimoniales que excedan de los de la vida cotidiana» del demandado y el nombramiento como tutora a la Comisión de Tutela y Defensa de Adultos.

Por su parte, la lectura de las sentencias constitutivas de curatela revela la tendencia de los órganos judiciales a atribuirle un contenido muy rígido y aun homogéneo, en el sentido de que sus fallos suelen atribuir idénticas atribuciones a los curadores, obviando así la doctrina del «traje a medida» acuñada por STS de 1 julio 2014, en aplicación de uno de los principios rectores de la Convención NU 2006 (art. 12.4) como es el de proporcionalidad y debida adecuación de las medidas de apoyo a las circunstancias de la persona con discapacidad¹¹⁴.

A partir de ahí, la curatela se configura por los órganos judiciales aragoneses bien como una medida de carácter sólo asistencial¹¹⁵, bien adicionalmente con funciones representativas de índole patrimonial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 150.2 CDFA¹¹⁶.

En orden al contenido de la curatela, si bien la mayor parte de las sentencias examinadas le atribuyen alcance tanto personal como

La SAP Huesca núm. 169 de 23 noviembre 2016 que declara la incapacidad parcial de la demandada (en vez de la incapacidad total, declarada por el juzgador de primera instancia), por entender que «la enfermedad psíquica que padece limita sus facultades intelectuales y volitivas [...] de forma parcial». No obstante, pese a ello, la Audiencia mantiene, «en aras de su real y efectiva protección» el régimen de tutela constituido en primera instancia a favor de la Comisión de Tutela de Adultos, por entender que «la supervisión o auxilio propias de la curatela no se corresponde con la enfermedad psíquica de la demandada, sino que, por el contrario, exige que el organismo tutelar asuma principalmente las facultades para decidir el tratamiento terapéutico, farmacológico y médico», así como para gestionar su patrimonio, incluidos los actos dispositivos de cuantía superior a 200 euros. Y la SAP Zaragoza núm. 88 de 9 marzo 2020 que, con base en jurisprudencia del TS anterior a la Convención NU 2006, revoca sentencia de primera instancia, sustituyendo así una tutela por una curatela, por considerar que la declarada incapaz «no se halla en situación de gobierno pleno de su persona ni patrimonio, no obstante conservar sus facultades cognitivas, no así las volitivas».

¹¹⁴ Son particularmente reveladoras las siguientes palabras de la STS de 1 julio 2014, «la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas». Posteriormente han reproducido esta doctrina, entre otras, las SSTS de 13 mayo 2015, de 20 octubre 2015, de 3 junio 2016, de 11 octubre 2017, de 7 marzo 2018, de 18 julio 2018 y de 6 mayo 2021.

¹¹⁵ Pueden mencionarse a este respecto las SSAP Huesca núm. 186 de 3 septiembre 2010, núm. 87 de 31 marzo 2011, núm. 54 de 15 abril 2015, núm. 104 de 19 septiembre 2018 y núm. 112 de 11 octubre 2018; las SSAP Teruel núm. 41 de 10 junio 2014 y núm. 249 de 26 noviembre 2019; las SSAP Zaragoza núm. 484 de 20 julio 2010, núm. 384 de 5 julio 2011, núm. 73 de 16 febrero 2016, núm. 718 de 7 noviembre 2017, núm. 22 de 22 enero 2020 y núm. 250 de 28 junio 2021; la SJPI núm. 1 de Fraga de 12 diciembre 2007; las SJPII núm. 1 de Barbastro de 7 diciembre 2010 y de 4 noviembre 2014; y la SPJI núm. 13 de Zaragoza de 14 diciembre 2021.

¹¹⁶ SSAP Zaragoza núm. 493 de 28 septiembre 2012, núm. 160 de 19 de marzo de 2013, núm. 306 de 11 junio 2013, núm. 281 de 17 mayo 2016, núm. 706 de 11 noviembre 2016, núm. 299 de 21 mayo 2018, núm. 184 de 17 mayo 2019, núm. 404 de 27 noviembre 2019, núm. 208 de 13 julio 2020, núm. 249 de 23 septiembre 2020, núm. 344 de 25 noviembre 2020, núm. 57 de 15 febrero 2021 y núm. 290 de 20 julio 2021; SJPI núm. 13 de Zaragoza de 22 noviembre 2016 y de 2 junio 2021 y SJPI núm. 22 de Zaragoza 17 mayo 2021.

patrimonial¹¹⁷, no deja de haber algunas resoluciones que lo restringen al ámbito patrimonial¹¹⁸ o, muy excepcionalmente, al personal¹¹⁹.

Es más, el contenido personal suele circunscribirse por los órganos judiciales a la supervisión o control del tratamiento médico y farmacológico que necesite la persona con discapacidad, incluida la facultad de solicitar el auxilio necesario de las autoridades para el tratamiento ambulatorio forzoso o internamiento involuntario¹²⁰; y, en su caso complementariamente, de las gestiones de índole administrativo en que se vea implicada aquella¹²¹. Por su parte, el contenido patrimonial suele extenderse a la representación y/o asistencia en aquellos actos que exceden de los gastos de la vida cotidiana¹²².

¹¹⁷ SSAP Huesca núm. 87 de 31 marzo 2011 y núm. 112 de 11 octubre 2018; SAP Teruel núm. 41 de 10 junio 2014; SSAP Zaragoza núm. 484 de 20 julio 2010, núm. 493 de 28 septiembre 2012, núm. 160 de 19 de marzo de 2013, núm. 306 de 11 junio 2013, núm. 73 de 16 febrero 2016, núm. 281 de 17 mayo 2016, núm. 706 de 11 noviembre 2016, núm. 718 de 7 noviembre 2017, núm. 299 de 21 mayo 2018, núm. 404 de 27 noviembre 2019, núm. 22 de 22 enero 2020, núm. 208 de 13 julio 2020, núm. 249 de 23 septiembre 2020, núm. 344 de 25 noviembre 2020, núm. 57 de 15 febrero 2021, núm. 250 de 28 junio 2021 y núm. 290 de 20 julio 2021; SJPII núm. 1 de Barbastro de 4 noviembre 2014; SSJPI núm. 13 de Zaragoza de 22 noviembre 2016, de 2 junio 2021 y de 14 diciembre 2021 y SJPI núm. 22 de Zaragoza de 17 mayo 2021.

¹¹⁸ SSAP Huesca núm. 186 de 3 septiembre 2010, núm. 54 de 15 abril 2015 y núm. 104 de 19 septiembre 2018; SAP Teruel núm. 249 de 26 noviembre 2019; y SSAP Zaragoza núm. 718 de 7 noviembre 2017 y núm. 184 de 17 mayo 2019.

¹¹⁹ SAP Zaragoza núm. 384 de 5 julio 2011 y SJPII núm. 1 de Barbastro de 7 diciembre 2010.

¹²⁰ SSAP Huesca núm. 87 de 31 marzo 2011 y núm. 112 de 11 octubre 2018; SSAP Teruel núm. 41 de 10 junio 2014 y núm. 249 de 26 noviembre 2019; SSAP Zaragoza núm. 484 de 20 julio 2010, núm. 718 de 7 noviembre 2017, núm. 281 de 17 mayo 2016, núm. 404 de 27 noviembre 2019 y núm. 250 de 28 junio 2021 («pudiendo incluso decidir la curatela el uso de recursos habitacionales o residenciales tutelados, de considerarse necesarios»); SJPII núm. 1 de Barbastro de 7 diciembre 2010 y de 4 noviembre 2014; y SJPI núm. 13 de Zaragoza de 22 noviembre 2016.

¹²¹ SSAP Zaragoza núm. 384 de 5 julio 2011, núm. 493 de 28 septiembre 2012, núm. 160 de 19 de marzo de 2013, núm. 306 de 11 junio 2013, núm. 706 de 11 noviembre 2016, núm. 281 de 17 mayo 2016, núm. 299 de 21 mayo 2018, núm. 404 de 27 noviembre 2019, núm. 22 de 22 enero 2020, núm. 208 de 13 julio 2020, núm. 249 de 23 septiembre 2020, núm. 344 de 25 noviembre 2020, núm. 42 de 3 febrero 2021, núm. 57 de 15 febrero 2021 y núm. 290 de 20 julio 2021; SSJPI núm. 13 de Zaragoza de 22 noviembre 2016, de 2 junio 2021 y de 14 diciembre 2021, y SJPI de Zaragoza núm. 22 de 17 mayo 2021. En este elenco resulta singular la STSJ de Aragón de 14 enero 2019 que confirma el fallo de la Audiencia en el sentido de constituir una curatela con el único objeto de asistir al declarado incapaz parcial «para interponer demandas e iniciar cualquier tipo de procedimiento judicial o administrativo», habida cuenta del «trastorno delirante de contenido pleitista» que padece. Contiene idéntico fallo en un supuesto similar la SJPI núm. 1 de Fraga de 12 diciembre 2007.

¹²² Atribuyen al curador funciones de asistencia y representación la SAP Zaragoza núm. 493 de 28 septiembre 2012 que confirma el fallo de primera instancia que atribuye al curador las funciones de prestar al declarado incapaz «anuencia para todos actos patrimoniales, en especial, para actos de disposición de bienes inmuebles y para contratar préstamos y créditos» y de gestionar sus ingresos «en su representación», debiendo facilitarle «pequeñas cantidades para gastos cotidianos». Optan por la misma solución las SSAP Zaragoza núm. 160 de 19 marzo 2013, núm. 306 de 11 junio 2013, núm. 281 de 17

La misma falta de flexibilidad se aprecia en la jurisprudencia sobre autoridad familiar, en particular, rehabilitada. Así, la lectura de las escasas sentencias publicadas¹²³ muestra la preferencia de los órganos judiciales aragoneses a remitirse al régimen legal de la autoridad familiar y, en particular, al previsto para los menores de catorce años, en vez de adecuar su contenido a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, como prevé prioritariamente el artículo 44 CDFA. Ello implica la sujeción del hijo con discapacidad a un mecanismo de sustitución prácticamente absoluta en su toma de decisiones, por cuanto el Código del Derecho Foral de

mayo 2016, núm. 706 de 11 noviembre 2016, núm. 299 de 21 mayo 2018, núm. 184 de 17 mayo 2019, núm. 404 de 27 noviembre 2019, núm. 208 de 13 julio 2020, núm. 249 de 23 septiembre 2020, núm. 344 de 25 noviembre 2020, núm. 42 de 3 febrero 2021, núm. 57 de 15 febrero 2021 y núm. 290 de 20 julio 2021, así como las SSJPI núm. 13 de Zaragoza de 22 noviembre 2016 y de 14 diciembre 2021.

Atribuyen sólo funciones de asistencia la SAP Huesca núm. 186 de 3 septiembre 2010 que confirma el fallo de primera instancia que atribuye al curador la función de prestar asistencia para los actos patrimoniales enunciados en el antiguo artículo 271 Cc, omitiendo, por cierto, el artículo 12 LDp 2006 entonces vigente y no totalmente coincidente; la SAP Zaragoza núm. 484 de 20 julio 2010 que confirma el fallo de primera instancia que atribuye al curador la función de prestar asistencia para «los actos patrimoniales, así como los de administración de los gastos que excedan de la vida cotidiana»; la SAP Huesca núm. 87 de 31 marzo 2011 que confirma el fallo de primera instancia que nombra un curador con la función de «intervenir [...] para actos de administración diferentes al control económico diario»; la SAP Teruel núm. 41 de 10 junio 2014 que confirma el fallo de primera instancia que atribuye al curador «el control y supervisión de las cuentas bancarias»; la SAP Huesca núm. 54 de 15 abril 2015 que confirma el fallo de primera instancia por el que se declara a una persona incapaz parcial «para regir sus bienes, no así para la cuestión económica que la conserva», necesitando la asistencia del curador para los actos del artículo 15 CDFA; la SAP Zaragoza núm. 73 de 16 febrero 2016 que atribuye al declarado incapaz la facultad de administrar sus propios ingresos, necesitando exclusivamente asistencia para los actos dispositivos «complejos y de gran trascendencia económica»; la SAP Zaragoza núm. 718 de 7 noviembre 2017 que, respecto al «patrimonio y economía» del declarado incapaz, determina «que conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, complementando su incapacidad»; la SAP Huesca núm. 104 de 19 septiembre 2018 que confirma el fallo de primera instancia por el que se constituye una curatela «limitada exclusivamente a la administración de los bienes»; la SAP Huesca núm. 112 de 11 octubre 2018 que atribuye al declarado discapaz parcial la facultad para «manejar dinero de bolsillo» y «realizar pequeños gastos», necesitando asistencia para «la toma de decisiones relevantes de contenido económico referente a la administración o disposición de sus bienes»; la SAP Zaragoza núm. 22 de 22 enero 2020 que confirma el fallo de primera instancia que exige la «anuencia [del curador] para todos los actos de contenido patrimonial, y gestiones administrativas, en especial, para actos de disposición sobre bienes inmuebles y para contratar préstamos y créditos»; la SAP Zaragoza núm. 250 de 28 junio 2021 que requiere la «supervisión y asistencia» de un declarado incapaz parcial declara la incapacidad «en todas las cuestiones patrimoniales que excedan del manejo de pequeñas cantidades de dinero». En este elenco resulta singular la SJPI núm. 1 de Barbastro de 4 noviembre 2014, en cuanto configura el contenido de la curatela a través de una mera remisión al régimen jurídico del menor de mayor de catorce años, en línea con lo dispuesto en el artículo 39 CDFA. Así, según puede leerse en su fallo, «se encomienda al curador la asistencia para todos aquellos actos en que sea precisa al mayor de catorce años».

¹²³ Con todo, según resulta de los datos aportados por LÓPEZ-MELÚS MARZO, 2020, p. 246 en relación el Juzgado de Zaragoza con competencia exclusiva en incapacitaciones, es muy reducido el porcentaje de rehabilitaciones de autoridad familiar (6,72 %) frente al de tutelas (86,24%).

Aragón atribuye, como regla, a los progenitores titulares de la autoridad familiar la representación legal del menor que no ha cumplido los catorce años (art. 12, en relación con el art. 5.3), entendiéndose tanto en el ámbito personal (en cuanto contenido intrínseco de la autoridad familiar *ex* art. 63 CDFA) como patrimonial (en cuanto función aneja de la autoridad familiar *ex* art. 94 CDFA)¹²⁴. Por lo demás, los órganos judiciales se muestran proclives a rehabilitar en la autoridad familiar a ambos progenitores, salvo en aquellos casos en que la relación entre estos sea muy conflictiva, en cuyo caso optan por hacer uso de la facultad excepcional de constituir la tutela o curatela a favor de uno de ellos (art. 43 CDFA)¹²⁵, en vez de atribuir el ejercicio de la autoridad familiar a un solo progenitor como también permite el Código del Derecho Foral de Aragón (art. 42 *in fine*, en relación con los arts. 72 y 74.2).

2.4 El defensor judicial y la guarda de hecho como medidas de apoyo complementarias

Junto a la tutela y curatela, el Código del Derecho Foral de Aragón –al igual que el Código civil– contempla dos medidas de apoyo adicionales que, en principio, no plantean especiales reparos a la luz de la Convención: el defensor judicial y la guarda de hecho.

2.4.1 EL DEFENSOR JUDICIAL

El defensor judicial se configura en el Código del Derecho Foral de Aragón (art. 153, en relación con el art. 100.1.c), como una institución tutelar dirigida a prestar apoyo puntual a las personas con discapacidad en suplencia de las personas que lo ejercen habitualmente, ya sean los titulares de la autoridad familiar rehabilitada, el tutor o el curador. De tal definición resultan como caracteres específicos del defensor judicial, tal como se articula en Derecho aragonés, de una parte, la temporalidad, en cuanto su intervención se produce para un asunto concreto y está limitada en el tiempo; y de otra, la supletoriedad, por cuanto viene a suplir a la

¹²⁴ No obstante, de acuerdo con el artículo 7 CDFA, quedan al margen de la representación legal, respecto de aquellos menores «con suficiente juicio», el ejercicio de los derechos de la personalidad y los actos y contratos propios de la vida corriente; previsión esta que debería entenderse extrapolable a aquellas personas con discapacidad que no tengan totalmente anulada su capacidad de querer y entender, lo que no se colige, sin embargo, de la lectura de las únicas sentencias a que se ha tenido acceso: SAP Huesca núm. 20 octubre 2010, AAP Zaragoza núm. 213 de 17 de abril de 2018 y SJPII núm. 2 de Alcañiz de 6 marzo 2008.

¹²⁵ Tal es el caso de las SSAP de Zaragoza núm. 306 de 11 junio 2013 y núm. 740 de 29 noviembre 2016 (confirmada en casación por la STSJ Aragón de 20 abril 2017).

persona o personas a quienes corresponde habitualmente ejercer el apoyo¹²⁶. A partir de ahí, el apoyo a prestar por el defensor judicial será de índole representativo o asistencial, en función de a quién y en qué concretas circunstancias lo sustituya.

En particular, el artículo 153 CDFA le da entrada en dos supuestos muy concretos, que, en lo que aquí interesa, ponen de manifiesto la adecuación de esta figura a los postulados de la Convención NU 2006 y, en particular, a la obligación de los Estados partes de proporcionar en las medidas de apoyo las salvaguardas adecuadas para evitar conflictos de intereses y para que se apliquen en el plazo más breve posible (art. 12.4).

Así, en primer lugar, el artículo 153.a prevé su nombramiento, como alternativa a la Junta de Parientes¹²⁷, cuando exista oposición de intereses en algún asunto concreto entre la persona con discapacidad y los titulares de la autoridad familiar o el cargo –o cargos– tutelar. No clarifica el Código foral ni tampoco la jurisprudencia aragonesa lo que debe entenderse por «oposición de intereses», por lo que, al objeto de su debida delimitación, entiendo que puede acudir a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la situación equivalente de «conflicto de interés» contemplada en el Derecho civil estatal (SSTS de 17 enero 2003, 17 mayo 2004, 5 junio 2012 y 30 junio 2016). De ello resulta que sólo podrá considerarse existente tal oposición cuando los intereses de la persona con discapacidad y los de quién debe prestarle apoyo sean opuestos o contrarios en un asunto determinado, de tal manera que el beneficio de uno pueda comportar perjuicio para el otro. Por añadidura, según matiza la doctrina más autorizada, tal oposición de intereses debe ser real, no meramente probable o futura y no necesariamente de tal entidad que haga a la persona inhábil para prestar el apoyo¹²⁸. En cualquier caso, en los términos tan amplios en que se expresa el artículo 153 CDFA –«algún asunto»– la oposición de intereses puede plantearse en asuntos de índole patrimonial –lo más habitual– o personal¹²⁹.

¹²⁶ Coincide en esta apreciación LACRUZ MANTECÓN, 2015, p. 302.

¹²⁷ Según resulta de los artículos 13.1.b y c y 28.b CDFA, aplicables a los «incapacitados» (entiéndase, provistos judicialmente de apoyos) por remisión del artículo 39 CDFA. Interesa clarificar a tales efectos que la Junta de Parientes es un órgano familiar propio del Derecho aragonés que puede ser llamado a intervenir ya sea por ley, costumbre o acto jurídico, como alternativa a la intervención judicial, en la resolución de asuntos familiares o sucesorios no sujetos a norma imperativa (art. 170 CDFA). Sus decisiones tienen «la fuerza de obligar de un contrato» e impiden someter el mismo asunto a otro órgano decisorio, incluido, judicial, salvo que con posterioridad ocurra o se conozca algún hecho relevante para la decisión (art. 178 CDFA).

¹²⁸ MORENO MARTÍNEZ, 2018, p. 58

¹²⁹ En particular, la jurisprudencia aragonesa ha identificado la existencia de oposición de intereses en las compraventas de bienes de personas con discapacidad en las que su tutor –o titulares de autoridad familiar rehabilitada– además de comparecer en su propio

Como segunda hipótesis de nombramiento de defensor judicial el artículo 153.b se refiere a la falta de desempeño temporal de sus funciones por parte de los titulares de la autoridad familiar o el cargo –o cargos– tutelar¹³⁰, hasta que cese la causa determinante, cualquiera que sea, o se designe por resolución firme a otra persona para su ejercicio. Una aplicación específica de este supuesto se encuentra formulada en el artículo 129.1 CDFA que prevé su posible nombramiento durante la tramitación del proceso de excusa o remoción de la tutela o curatela cuando el Juez suspenda en sus funciones al titular del cargo tutelar¹³¹. No obstante, la amplitud de la fórmula legal posibilita la intervención del defensor judicial, en general, en todos aquellos casos en que quienes deben prestar apoyo a la persona con discapacidad, no lo hagan, cualquiera que sea la causa, voluntaria o involuntaria, para ello¹³².

Por añadidura, junto a estos dos supuestos de actuación específicos, el artículo 153.c le da entrada «en todos los demás casos previstos en la ley». Se contiene así una remisión genérica y dinámica a la legislación aplicable en Aragón que contemple el posible nombramiento de un defensor judicial. Tal legislación, entiendo, que a tales efectos es la legislación civil aragonesa *ex* artículo 1.2 CDFA, pero también la legislación procesal civil donde, como es sabido, esta figura ha experimentado en los últimos tiempos una importante ampliación de su ámbito de aplicación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, sin perder sus caracteres originales a que

nombre como compradores, intervienen en representación de aquellos (SAP Teruel núm. 14 de 29 abril 2015). Pero no cabe descartar su existencia en otros supuestos tales como la liquidación del consorcio conyugal entre el cónyuge superviviente y los hijos, cuando alguno de ellos se trate de una persona con discapacidad y lo represente el viudo y, por añadidura, existan dudas sobre el carácter común o privativo de algunos bienes; cuando se proceda a la transformación del usufructo viudal en virtud de pacto entre el viudo usufructuario y los nudos propietarios, siendo éstos personas con discapacidad y, por añadidura, encontrándose representados o, en su caso, asistidos por aquél; y en el ejercicio de acciones de filiación, bien cuando el progenitor que impugna la filiación es el representante legal del hijo con discapacidad, bien cuando un progenitor reclama la filiación y el otro se opone a la determinación a la par que le corresponde la representación legal del hijo (STS 30 junio 2016).

¹³⁰ Interesa aclarar con SERRANO GARCÍA, 2004, p. 220 que, en caso de que haya dos titulares de la autoridad familiar o dos tutores/curadores, bastará con que uno de ellos cumpla con sus funciones para que no sea necesario el nombramiento de defensor judicial.

¹³¹ Así sucede en el procedimiento de remoción de tutor resuelto por la SAP Teruel núm. 9 de 24 marzo 2015 en que interviene como defensor judicial la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos.

¹³² Como señala PARRA LUCÁN, 2012, p. 250. Así sucede en el AAP Zaragoza núm. 433 de 20 junio 2017 que mantiene en el cargo de defensor judicial a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, tal y como fue nombrada por resolución judicial anterior que acordó la suspensión de la autoridad familiar rehabilitada de la madre, conforme a lo dispuesto en el artículo 91.1.d CDFA.

me he referido y que, por añadidura, ponen de manifiesto su conformidad con la Convención NU 2006¹³³.

El régimen del defensor judicial en el Código del Derecho Foral de Aragón se completa con dos previsiones que, en mi opinión, han de revisarse al objeto de su debida adecuación a la legislación procesal. Me refiero, en primer lugar, a los artículos 154 y 155.1 que atribuyen la competencia exclusiva en orden a su nombramiento y determinación de sus atribuciones al «Juez», cuando, como es sabido, *a posteriori* tal competencia se ha encomendado, como regla, al Letrado de la Administración de Justicia por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 2.3 y 28)¹³⁴. Asimismo, interesa reparar en los problemas interpretativos que plantea el actual tenor del artículo 155.2, en cuanto establece que, si el acto en que ha de intervenir el defensor judicial requiere autorización judicial conforme a los artículos 15 a 17 y artículo 33, ésta se entenderá implícita en el nombramiento si «el Juez» no dispone otra cosa. Surge así la duda, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, acerca de si tal previsión legal debe entenderse referida, asimismo, al Letrado. Personalmente considero la respuesta ha de ser negativa, de tal manera que, cuando el nombramiento corresponda al Letrado –lo habitual–¹³⁵, la autorización judicial será ineludible, pero, en cualquier caso, se impone una revisión de tal precepto, al objeto de clarificar este extremo.

2.4.2 LA GUARDA DE HECHO

En el régimen aragonés vigente la guarda de hecho no es propiamente una institución tutelar, sino una medida de apoyo de carácter fáctico. En concreto, según dispone el artículo 156 CDFa, hay guarda de hecho cuando una persona, ya sea física o jurídi-

¹³³ En particular, los órganos judiciales aragoneses han procedido a su nombramiento fundamentalmente durante la tramitación del procedimiento de «incapacitación», por aplicación del artículo 27 LJV y, por lo demás, prescindiendo del tenor del artículo 132 CDFa que atribuye en tal caso la representación y defensa de la persona con discapacidad al Ministerio Fiscal y contempla el posible nombramiento de un administrador judicial para la gestión de sus bienes (STSJ de Aragón de 28 abril 2021; SAP Huesca núm. 104 de 19 septiembre 2018; SSAP Zaragoza núm. 160 de 19 marzo 2013, núm. 281 de 17 mayo 2016, núm. 389 de 21 junio 2016 núm. 234 de 28 marzo 2017, núm. 435 de 18 julio 2018, núm. 22 de 22 enero 2020; y SJPI núm. 13 de Zaragoza de 14 diciembre 2021). Pero también, por aplicación del artículo 762 LEC, en el curso de una medida cautelar de internamiento involuntario (AAP Huesca núm. 48 de 30 abril 2021).

¹³⁴ No obstante, la propia LJV mantiene excepcionalmente la competencia judicial en el marco de las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de las personas con discapacidad (art. 88 *in fine*), así como para decidir los expedientes que afecten a los derechos de personas con discapacidad con medidas de apoyo, «cuando no venga atribuida expresamente la competencia a ninguno de ellos [entiéndase, LAJ o Juez]» (art. 2.3, 1.ª parte).

¹³⁵ De acuerdo con CALATAYUD SIERRA, 2018, p. 164.

ca¹³⁶, por su propia iniciativa y, por tanto, sin previo nombramiento ni habilitación legal, se ocupa del cuidado, en lo que aquí interesa, de una persona con discapacidad.

A partir de ahí, el mismo precepto engloba bajo la figura de la guarda de hecho dos situaciones diversas que, sin duda, habrán de revisarse a la luz de la reforma de la legislación procesal, por cuanto se vinculan a la «incapacitación», ya sea como estado previo: cuando una persona se ocupa de hecho, del cuidado de una «persona que podría ser incapacitada»¹³⁷; o simultaneo a la misma: cuando una persona, sin estar obligada legalmente, se hace cargo de la guarda o apoyo de «un incapacitado» en situación de desamparo *ex* artículo 118 CDFa, entendiéndose no declarado formalmente por la Administración¹³⁸.

En cualquier caso, en el régimen aragonés vigente la guarda de hecho se contempla como una situación, en principio, transito-

¹³⁶ Conforme a las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores*, Madrid, 27 y 28 septiembre 2021, p. 15, la referencia a las «personas jurídicas» como guardadores de hecho permite dar entrada a la guarda institucional que es la que se constituye cuando la persona con discapacidad se encuentra ingresada en una residencia de titularidad pública o privada. En tal caso es la dirección de la misma quien asume la condición de guardador de hecho, pudiendo coexistir, en su caso, con un guardador familiar. A partir de ahí, es inevitable formularse la siguiente pregunta: ¿No puede resultar contrario al tenor del nuevo artículo 250.8 Cc que una entidad privada con ánimo de lucro asuma la guarda de hecho? Porque, no se olvide, este precepto prohíbe taxativamente el apoyo profesional (admitido, sin embargo, por el Código civil suizo: arts. 382 a 387) como opción de política legislativa que personalmente no comparto por resultar poco acorde con la realidad social actual. Con todo, en el Derecho aragonés vigente no se plantea este problema, toda vez que, si bien es cierto que el Código del Derecho Foral de Aragón circunscribe la capacidad para ser cargo tutelar a las personas jurídicas sin finalidad lucrativa, no incluye entre las instituciones tutelares a la guarda de hecho, sino que la califica de medida complementaria de protección (art.123, puesto en relación con el art. 100.2).

¹³⁷ Tal es el caso de la SAP Zaragoza núm. 122 de 6 marzo 2013 que declara incapaz total a una persona con alzheimer y nombra tutora a una de sus hijas, distinta de la que hasta entonces ha asumido su guarda de hecho por no considerar a ésta última idónea en atención a la deficiente atención que ha prestado a su madre y la considerable e injustificada disminución que ha experimentado su patrimonio hasta la fecha. La misma solución adopta la SAP Huesca núm. 169 de 23 noviembre 2016 respecto a una persona diagnosticada de esquizofrenia y psicosis, nombrando en este caso tutora a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, en vez de a su madre, quien desde su mayoría de edad ha asumido su guarda de hecho, por no considerarla idónea, dada la «influencia perniciosas» que ha ejercido en el comportamiento de su hija, «al hacerla acomodaticia y dependiente».

¹³⁸ De este modo, si la guarda se asume adecuadamente por el guardador de hecho, la persona con discapacidad ya no podrá hablarse de desamparo y, por consiguiente, no procederá la intervención de la Entidad pública competente (SERRANO GARCÍA, 2004, p. 235; y PARRA LUCÁN, 2012, p. 253). Tal es la situación de la que trae causa la SAP Zaragoza núm. 73 de 14 de marzo 2019 que declara responsable al ex tutor –removido en un proceso anterior– por los daños causados en el patrimonio de su hermano. En lo que aquí interesa, según puede leerse en la sentencia, ante el incumplimiento de sus funciones, incluido el abono de la residencia en que lo ingresó, fue la fundación tutelar que prestaba este servicio la que asumió su guarda de hecho y le procuró los cuidados adecuados, ello hasta que fue removido el tutor y nombrada, en su lugar, la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos.

ria¹³⁹. Así lo dice expresamente el artículo 156 CDFA. Complementariamente, el artículo 157 CDFA impone al guardador de hecho la obligación de notificar su existencia al Juez o Ministerio Fiscal y el artículo 131.1 la de promover la oportuna institución tutelar, so pena de incurrir en responsabilidad –solidaria con el resto de las personas señaladas en dicho precepto– por los daños causados a la persona con discapacidad¹⁴⁰.

Con todo, pese al carácter fáctico y transitorio de esta figura, es de destacar el esfuerzo desplegado por el legislador aragonés a fin de dotarle de un cierto régimen jurídico dirigido, tanto a articular un mecanismo de control adecuado de la actuación del guardador como a delimitar sus funciones y legitimar su actuación frente a terceros.

De este modo, el Código del Derecho Foral de Aragón no deja la guarda de hecho al margen del control judicial, como se pone de relieve en su propio Preámbulo (III, 13). Así, su artículo 158.1, impone al Juez la obligación de requerir al guardador –obviamente, siempre conozca su existencia¹⁴¹– para que le informe de la situación personal y patrimonial del sujeto a su guarda, así como de su concreta actuación al respecto. Por añadidura, su aptdo. 2.º faculta al Juez a establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas mientras se prolongue en el tiempo esta situación fáctica; p. ej. la prestación de una garantía o la formalización de un inventario del patrimonio de la persona que recibe el apoyo.

Del ámbito de actuación del guardador de hecho se ocupa el artículo 159 CDFA para circunscribirlo al cuidado de la persona del guardado –incluida la supervisión de los tratamientos médicos y/o farmacológicos¹⁴² y la solicitud de subvenciones o ayudas a la

¹³⁹ Coinciden en esta apreciación SERRANO GARCÍA, 2004, p. 233; DELGADO ECHEVERRÍA, en *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (sesión de 22 junio 2005)*, p. 8 (inéditas); y CALATAYUD SIERRA, 2009, p. 54. Y, en la jurisprudencia, el AAP Zaragoza núm. 680 de 27 diciembre 2011.

¹⁴⁰ No obstante, como advierte SERRANO GARCÍA, 2004, p. 235 y corrobora la lectura de la jurisprudencia, el guardador podrá incumplir tal obligación si quiere continuar siéndolo, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir. Así, aquellas resoluciones que deciden someter a la persona con discapacidad a tutela o curatela lo hacen, no a instancia del guardador, sino del Ministerio Fiscal (p. ej. SAP Huesca núm. 169 de 23 noviembre 2016) o, en su caso, de los parientes legitimados a tal objeto (p. ej. SAP Zaragoza núm. 122 de 6 marzo 2013).

¹⁴¹ Lo que, como advierte atinadamente PARRA LUCÁN, 2012, p. 254, difícilmente será factible si el guardador de hecho no cumple con su obligación de informarle de su existencia (art. 157 CDFA). No obstante, esta autora apunta la posibilidad de que también pueda comunicar su existencia «cualquier interesado» por aplicación analógica del artículo 103.4 CDFA.

¹⁴² De hecho, la legislación sanitaria aragonesa da entrada al guardador de hecho a los efectos de emitir el consentimiento informado por representación respecto a aquellos pacientes en situación de incapacidad de hecho: artículo 14.1.a Ley 6/2002 de Salud de Aragón y artículo 10.1 Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.

Administración– y los actos necesarios de administración de su patrimonio –tales como disposiciones de dinero de la cuenta corriente del guardado para cubrir sus necesidades vitales, pago de alquileres o de suministros y cobro de rentas–; no así, en cambio, respecto a los actos de administración extraordinarios ni de disposición del patrimonio de quien se encuentre bajo esta modalidad de guarda. Dentro de este ámbito y al objeto de facilitar su actuación frente a terceros, el Código del Derecho Foral de Aragón atribuye al guardador la representación legal y, es más, le permite acreditar su condición mediante declaración de la Junta de parientes constituida a tal efecto (art. 159.1 y 2¹⁴³) y, por tanto, sin necesidad de la intervención judicial a la que ha dado entrada el nuevo artículo 264 Cc¹⁴⁴. Complementariamente, el artículo 159.3 declara la validez de aquellos actos realizados por el guardador en representación de la persona con discapacidad que hayan sido declarados «necesarios» por la Junta. Los demás adolecerán de anulabilidad y, por ende, serán susceptibles de impugnación, siempre que se acredite que no han sido necesarios ni han redundado en utilidad de la persona bajo su guarda¹⁴⁵.

2.5 Las medidas voluntarias de apoyo

Por último, interesa reparar en el importante papel reservado en el Código del Derecho Foral de Aragón a la autonomía de la voluntad en el diseño del sistema de apoyos. De este modo, en aplicación del principio *standum esta chartae* que inspira el Ordenamiento jurídico aragonés (art. 3), el Código foral articula dos instrumentos autorregulatorios¹⁴⁶ como son la delación voluntaria hecha por uno mismo (art. 107) y el mandato de apoyo (art. 109). Es más, el legis-

¹⁴³ Interesa reparar a este respecto en el AAP Zaragoza núm. 680 de 27 diciembre 2011 que desestima la pretensión del actor de que constituya una Junta de Parientes permanente con la función de nombrarle curador de hecho de su madre «incapacitada de hecho» y supervisar su actuación ulterior. La Audiencia justifica su fallo en el tenor literal del artículo 159.2 CDFA que circunscribe el llamamiento a la Junta a «justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho».

¹⁴⁴ Coincido con CALATAYUD SIERRA, 2009, p. 49 cuando afirma que «el Derecho aragonés facilita la intervención de la familia como alternativa de la autoridad judicial, por considerar que el ámbito familiar resulta adecuado y más ágil y menos costoso para resolver este tipo de problemas».

¹⁴⁵ Surge aquí la duda si dicho precepto del Código del Derecho Foral de Aragón está pensando exclusivamente en los actos de índole patrimonial, o también lo de naturaleza personal. Por ello personalmente me parece más acertada la redacción que, en el primer borrador de la Ley de Derecho de la persona de 2006, propuso SERRANO GARCÍA, 2004, p. 239 según la cual «los actos del guardador de hecho que excedan de ese límite [cuidado y actos de administración necesarios] serán anulables si han redundado en utilidad de la persona protegida. Para justificar la utilidad o el perjuicio producido por el acto será suficiente la declaración, en este sentido, de la Junta de Parientes».

¹⁴⁶ Parafraseando a PAU, 2018, p. 13.

lador aragonés ha optado por atribuirles carácter preferente. Tal solución –que ha adoptado la reforma estatal de 2021: art. 249.1 Cc–, sin duda, resulta totalmente acorde con uno de los principios rectores de la Convención NU 2006 como es el de respeto a la autonomía individual y, por extensión, a la voluntad y preferencias (art. 3.a, puesto en relación con el art. 12.4)¹⁴⁷.

2.5.1 LA DELACIÓN VOLUNTARIA

El Código del Derecho Foral de Aragón atribuye prioridad a la delación voluntaria, de tal manera que sólo en su defecto o para complementarla las funciones tutelares se defieren por resolución judicial, dando lugar a la delación dativa que es, por tanto, supletoria y complementaria de aquélla (arts. 102 y 115). Por añadidura, se admiten dos modalidades de delación voluntaria: de una parte, la referida delación hecha por uno mismo que regula el artículo 108; y de otra, la delación hecha por los titulares de la autoridad familiar –ya sean los progenitores o personas distintas por este orden: padrastro/madrastra, abuelos y hermanos mayores–, delación que contempla el artículo 110.

Empezando por la delación hecha por uno mismo, es de destacar el amplio contenido con que el legislador aragonés configuró ya en 2006 (LDp) esta medida de apoyo, adelantándose a la Ley estatal 8/2021. Así, según resulta del artículo 108, no se trata meramente que el interesado designe a su cargo tutelar –ya sea tutor, curador o defensor judicial¹⁴⁸–, sino de configurar un régimen tutelar diferente al previsto legalmente. En concreto, según dispone el precitado precepto (cuyo tenor es muy similar al del actual artículo 271 Cc), el interesado puede formular las siguientes previsiones, no sin ciertos límites:

1.^a «Designar a las personas [o persona] que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos». En caso de pluralidad de designados –máximo dos–, corresponde, asimismo, al interesado concretar su forma de actuación, pudiendo ser simultánea, –y en este caso, solidaria o conjunta– o sucesiva, según precisa el artículo 112 CDFa. Complementariamente, el artículo 113 CDFa establece unos criterios de resolución para el caso de que concurren varias delaciones voluntarias incompatibles entre sí. En concreto,

¹⁴⁷ También destaca este aspecto CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 47.

¹⁴⁸ Con todo, de acuerdo con CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 50, la práctica notarial revela que la delación voluntaria se circunscribe a la designación de tutor o curador, no así de defensor judicial, dado que su intervención está circunscrita a casos puntuales.

en su ap. 1.º prevé que, en caso de pluralidad de disposiciones de una misma persona, prevalecerá la posterior de ser incompatibles.

2.^a «Excluir de las funciones tutelares a ciertas personas». Esta facultad tiene una importante excepción en el artículo 108.2 CDFa que prohíbe la exclusión (así como la designación) de la Entidad pública competente en materia de «protección de incapacitados» –o, más propiamente, de «promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad»–¹⁴⁹.

3.^a «Dispensar, expresa o tácitamente, al cargo tutelar de algunas de las causas de inhabilidad», en particular de las enunciadas en las letras d), g), h) e i) del artículo 125.1 CDFa. En particular, puede sostenerse que hay dispensa tácita cuando el interesado, conociendo que la persona que pretende elegir como cargo tutelar es inhábil, procede a designarlo¹⁵⁰.

4.^a «Establecer órganos de fiscalización para los cargos tutelares», se entiende que complementarios a los previstos legalmente. Sobre esta previsión interesa recordar que las funciones de vigilancia y control de los cargos tutelares se atribuyen por el artículo 103 CDFa al Juez y al Ministerio Fiscal. Pero ello no obsta para que el interesado, a la hora de configurar su régimen tutelar, establezca mecanismos de control adicionales de la actuación tutelar –en particular, mediante la constitución de la Junta de Parientes *ex arts.* 170 a 182 CDFa–, ya que así se lo permite el artículo 108 CDFa. Lo que no podrá hacer será excluir o limitar las funciones de vigilancia que competen legalmente al Juez y al Ministerio Fiscal, según consta expresamente en el artículo 108 CDFa ni tampoco, por extensión, de exonerar al cargo tutelar de rendir cuentas.

5.^a En general, «cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes». De este modo, el interesado podrá fijar una retribución al cargo tutelar, siempre que su patrimonio lo permita y sin exceder el 20% de su importe líquido (art. 105 CDFa). Igualmente, podrá dispensar a quien desempeñe el cargo tutelar de la necesaria autorización de la Junta de Parientes o, en su caso, del Juez para realizar aquellos actos patrimoniales a que se refieren los artículos 15, 16 y 17 CDFa (con base en el art. 107.3 CDFa, referido al administrador voluntario). Y, asimismo, podrá nombrar un administrador de sus bienes distinto del cargo tutelar (art. 112 CDFa)¹⁵¹.

¹⁴⁹ Advierte a este respecto TORRES COSTAS, 2022, p. 253, de la necesidad de que las entidades públicas revisen sus fines, al objeto de dar entrada a esta nueva tarea de prestación de apoyos.

¹⁵⁰ De acuerdo con LLORENTE SANSEGUNDO, 2010, p. 52.

¹⁵¹ Como apuntan GARCÍA CANO, 2006, p. 122; LLORENTE SANSEGUNDO, 2010, pp. 55-63; y CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 50.

Tal delación se configura, en todo caso, como una medida exclusivamente de carácter preventivo o anticipatorio, toda vez que se prevé su otorgamiento en previsión a una futura «incapacitación» (entiéndase, provisión judicial de apoyos). No se contempla así la autotutela/curatela de presente a la que se ha dado entrada, sin embargo, en el nuevo artículo 271.1 Cc, cuya oportunidad o acierto no dejo de cuestionarme, al menos en los términos en que ha sido formulada, sin introducir matiz alguno y, además, omitiendo cualquier referencia a la necesaria capacidad suficiente, presente en el artículo 108 CDFa, a mi juicio, con buen tino¹⁵².

En estrecha conexión con lo anterior, me parece muy oportuno que se condicione su validez a su necesario otorgamiento en escritura pública, ya que, de este modo, se garantiza, a través del oportuno juicio de capacidad a realizar por el Notario, que el concreto sistema tutelar articulado por el interesado contenga una voluntad informada, libre y consciente¹⁵³.

Asimismo, considero que el régimen aragonés resuelve con gran acierto lo que, a mi juicio, constituye la esencia de la delación voluntaria, esto es, su vinculación al Juez a la hora de su constitución en el correspondiente procedimiento judicial, ahora de provisión de apoyos¹⁵⁴. Así, de acuerdo con el artículo 114.1 CDFa, el Juez está vinculado, como regla, a la delación voluntaria, de tal manera que sólo podrá desvincularse de la misma –bien de oficio o instancia de las personas llamadas por el art. 116 para ejercer los cargos tutelares o del Ministerio Fiscal– cuando motivadamente razone que se ha producido un alteración sustancial de las circunstancias que existían en el momento de su otorgamiento y, además, el beneficio o interés de la persona con discapacidad así lo aconseje¹⁵⁵.

¹⁵² Valoran positivamente este presupuesto, asimismo, GARCÍA CANO, 2006, pp. 118-119; LLORENTE SANSEGUNDO, 2010, p. 45; y CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 49.

¹⁵³ Según hace constar la Unión Internacional del Notariado (Comisión de Derechos humanos) en su *Guía Notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad*, 2020, pp. 41 y 44. Se expresa en términos similares en relación al nuevo régimen estatal de las medidas voluntarias de apoyo VELASCO RAMÍREZ, 2021, p. 12.

¹⁵⁴ *Vid.*, asimismo, en términos de valoración positiva LLORENTE SANSEGUNDO, 2010, pp. 39-40. Discrepa, sin embargo, CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 52, del tenor del actual 114 CDFa, por dejar muy constreñidas a su juicio las facultades del Juez, que no podrá apartarse de las mismas aun cuando considere que son perjudiciales para la persona con discapacidad. Parece olvidar este autor que uno de los principios esenciales del Derecho aragonés es el de máximo respeto a la autonomía de la voluntad y que, además, desde el momento en que se exige el otorgamiento de la delación voluntaria en escritura pública, ya está sujeta a un importante «filtro» como es el notarial. Y es que, a mi entender, la función del Notario aquí no debe limitarse a apreciar la capacidad suficiente del interesado, sino, por añadidura, a apoyarle y asesorarle en el diseño de su sistema tutelar.

¹⁵⁵ Según declara la SAP Zaragoza núm. 217 de 8 abril 2010, «la regulación aragonesa sobre vinculación de la delación voluntaria constituye una manifestación del principio *standum est chartae*, de tal manera que el Juez, al constituir la institución

Respecto a la segunda modalidad de delación voluntaria a que se refiere el artículo 109 CDFA, *a priori* resulta muy razonable que se permita, no sólo al propio interesado, sino a los titulares de su autoridad familiar –ya sean sus progenitores o personas distintas– que designen el cargo tutelar para cuando llegue el día de que no pueden prestarse apoyo personalmente y, por tanto, corresponda la constitución de la institución tutelar. No obstante lo anterior, es obvio que su oportunidad en el momento presente puede cuestionarse a la luz del principio de autonomía personal de la persona con discapacidad que consagra la Convención NU 2006 y más desde el momento en que se encuentra vinculada a las figuras de la autoridad familiar prorrogada y rehabilitada, respecto a las cuales no dejo de tener algún reparo en los términos tan rígidos en que están formuladas actualmente.

Es más, el contenido de esta modalidad de delación voluntaria se conforma con la misma amplitud que el de la hecha por el propio interesado y con sus mismos límites. De este modo, los titulares de la autoridad familiar podrán no sólo designar tutor o curador, sino configurar un régimen tutelar ajeno al previsto legalmente, así como fijar órganos específicos de fiscalización, aunque sin posibilidad de excluir el control judicial y del Ministerio Fiscal.

En cualquier caso, tal delación está sujeta a ciertas formalidades, al igual que la hecha por el propio interesado, si bien, a diferencia de esta, puede otorgarse no sólo en escritura pública, sino, en general, mediante «instrumento público notarial», sea o no testamento (art. 110.1).

Por último, importa aclarar que en el régimen aragonés vigente su eficacia se supedita exclusivamente al fallecimiento del causante, en caso de haberse efectuado en testamento; y adicionalmente a la imposibilidad del otorgante de ejercitar la autoridad familiar por «causa no culpable» –p. ej. avanzada edad o enfermedad–, en el supuesto de haberse realizado en virtud de escritura pública (art. 110.2).

tutelar no podrá descartar la autotutela con base en el criterio de la mayor idoneidad, sino sólo si existe cambio en las circunstancias». En aplicación de esta doctrina, la Audiencia nombra tutora de la declarada incapaz a su hermana, ya que no se ha producido ningún cambio de circunstancias significativo desde el otorgamiento que en beneficio o interés de la incapacitada lo aconseje». Por su parte, la SAP Zaragoza núm. 42 de 3 febrero 2021 se desvincula de la designación de cargo tutelar verificada en su momento por la ahora declarada incapaz parcial a favor de su nieto, habida cuenta del cambio sobrevenido y sustancial de circunstancias («múltiples cambios de residencia que han tenido lugar durante la sustanciación del litigio, y en particular las manifestaciones efectuadas por el citado nieto en el sentido de que no está cómodo con las condiciones que se le exigen para ejercer el cargo [...] y que no le importaría que el mismo lo ocupase otra persona de garantía»).

2.5.2 EL MANDATO DE APOYO

Junto a la delación voluntaria, el Código del Derecho Foral de Aragón contempla una segunda medida de autodeterminación como es el mandato de apoyo. Se posibilita así en Derecho aragonés un sistema de apoyo desjudicializado para las personas con discapacidad –en especial, para aquellas que van perdiendo progresivamente su capacidad de autogobierno– que, de modo anticipado, deciden organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos en su nombre¹⁵⁶.

Ahora bien, en un planteamiento que difiere del de la delación voluntaria, el legislador aragonés ha renunciado a otorgar un régimen detallado a esta medida de apoyo, para, en su lugar, centrarse exclusivamente en su posible extinción, entendiéndose ya sea otorgado de modo preventivo o con cláusula de subsistencia¹⁵⁷. Así, el artículo 109 CDFA se limita a prever que no se extingue, en principio, «por la incapacidad o incapacitación» del mandante. Sólo en caso de que ulteriormente el Juez constituya la oportuna «institución tutelar», el artículo 114.2 CDFA le faculta a declarar la extinción de tal mandato, ya sea en el momento de que dicte la correspondiente resolución, ya sea en un momento posterior a instancia del cargo tutelar; facultad esta que, en principio, parece circunscrita a aquellos casos en que el cargo tutelar y el mandatario ostenten idénticas facultades representativas¹⁵⁸.

Con todo, sí se exige para su validez, la concurrencia de los mismos requisitos de capacidad y forma que los previstos para la autotutela/autocuratela en el artículo 108 CDFA: de una parte, la mayoría de edad y capacidad suficiente; y de otra, la escritura

¹⁵⁶ Coincido así con LLORENTE SANSEGUNDO, 2010, p. 66, cuando afirma que, desde el momento en que el Código del Derecho Foral de Aragón utiliza el término «mandato», y no «poder», está regulando el mandato representativo que aúna el mandato y el apoderamiento. Discrepa, sin embargo, CALATAYUD SIERRA, 2022, pp. 53-54, para interpretar que el Código del Derecho Foral de Aragón regula meros poderes «sin necesidad de que tengan como soporte un contrato de mandato», lectura que personalmente no comparto.

¹⁵⁷ Así lo consideran, igualmente, LLORENTE SANSEGUNDO, 2010, p. 66; y CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 53, pese a los términos tan ambiguos con que se expresa el artículo 109 CDFA.

¹⁵⁸ Como así se desprende de la SAP Zaragoza núm. 313 de 26 septiembre 2019 que declara la incapacitación total de Doña Susana y la somete a tutela con «el mismo contenido que la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años» (esto, es limitada al ámbito personal), pero mantiene la vigencia del poder con cláusula de subsistencia de gestión patrimonial solidaria que otorgó aquella en 2013 a favor de sus dos hijos (recurrente y tutor). Con todo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 114.2 CDFA, la última palabra la tendrá el Juez, lo que puede cuestionarse desde la perspectiva del necesario respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

pública; previsión que personalmente comparto por las razones anteriormente aducidas¹⁵⁹.

2.6 Conclusión final

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto puede concluirse que el vigente régimen aragonés en materia de discapacidad no resulta acorde a la Convención NU 2006 y, por ello, requiere una profunda revisión, no meramente terminológica, sino fundamentalmente en orden a su contenido. No se trata así de un mero lavado de cara de los preceptos del Código del Derecho Foral de Aragón que versan sobre la discapacidad, sino de repensar en profundidad el tratamiento que actualmente le dispensa dicho cuerpo legal, sin duda, desfasado. Se trata así de avanzar en la misma dirección marcada por el legislador estatal y, por ende, por los legisladores de nuestro entorno, pero con las modulaciones y mejoras que se estimen oportunas. No obstante lo anterior, considero que el legislador aragonés cuenta con un buen punto de partida para acometer este importante cometido¹⁶⁰, de conformidad con la lectura –si se quiere moderada– de dicho texto internacional que personalmente propugno, no sin discrepar de los planteamientos del Comité NU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Así las cosas, el tratamiento que dispensa el Código del Derecho Foral de Aragón a la discapacidad parte de una visión de la misma que responde exclusivamente al modelo médico y, por ende, adopta una posición en exceso paternalista y asistencial centrada en buena medida en su curación o atención especializada a tenor de lo dispuesto en su artículo 138¹⁶¹.

Por añadidura, el texto aragonés, ya no sólo es que contemple la posible incapacitación de una persona en abierta contradicción, a mi juicio, con el respeto a la dignidad de la persona y los derechos humanos que propugna la Convención NU 2006 en su artículo 1, sino que, además, equipara la situación jurídica del «incapacitado» sujeto a tutela a la del menor que no haya cumplido catorce años y la del «incapacitado» sujeto a curatela a la del menor mayor de catorce años, con un planteamiento que actualmente se revela muy rígido a la luz del principio de proporcionalidad y debida adecua-

¹⁵⁹ *Vid.*, asimismo, en términos de valoración positiva GARCÍA CANO, 2006, pp. 123; y LLORENTE SANSEGUNDO, 2010, p. 71.

¹⁶⁰ Coinciden en esta apreciación LÓPEZ-MELÚS MARZO, 2020, p. 236; y BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 153.

¹⁶¹ Coincide en esta apreciación BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 146.

ción de las medidas de apoyo a las circunstancias de la persona con discapacidad que consagra su artículo 12.4.

De igual modo, una lectura detallada del régimen vigente permite presumir la preferencia del legislador por los mecanismos de sustitución en la toma de decisiones frente a los de mera asistencia, en un planteamiento divergente con la Convención, la cual, como ya se ha indicado, no excluye la sustitución de toma de decisiones, pero lo contempla como último recurso al que acudir cuando sea necesario y, por añadidura, debidamente modulado por el principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

Con todo, al margen de estas importantes objeciones, son varios los puntos fuertes de la regulación aragonesa que, entiendo, habría que mantener y aun potenciar. El primero de ellos tiene que ver con el respeto a la autonomía de la voluntad presente a lo largo de todo su articulado, en coherencia con el principio *standum est chartae*, lo que particularmente se manifiesta en una decidida apuesta por las medidas voluntarias de apoyo. Junto a ello, interesa reparar en la flexibilidad con que se articula la curatela, en cuanto se faculta al Juez para atribuirle carácter asistencial y/o representativo en función de las concretas circunstancias de la persona con discapacidad. E, igualmente, es de destacar el importante papel reservado a la Junta de Parientes, en aras de evitar una excesiva e innecesaria judicialización de esta materia.

3. CONSIDERACIONES *DE LEGE FERENDA* PARA UNA EVENTUAL REFORMA DEL SISTEMA TUITIVO ARAGONÉS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Para finalizar, me aventuro a ofrecer una serie de reflexiones personales acerca de lo que podría ser el futuro sistema tuitivo de las personas con discapacidad en Derecho aragonés, así como respecto al delicado tema atinente a la capacidad de las personas con discapacidad para actuar en el tráfico jurídico que, como he indicado, se aborda con carácter general en los artículos 34 a 39 CDFR, pero también en otras sedes normativas referidas a instituciones concretas tales como los capítulos matrimoniales, el testamento o la fiducia sucesoria.

3.1 Respeto de la capacidad de las personas con discapacidad

Una de las cuestiones más complejas a la hora de abordar la reforma del Código del Derecho Foral de Aragón tiene que ver con la necesaria delimitación de la capacidad de las personas con discapacidad para actuar en el tráfico jurídico. Esto es, se trata de determinar por el legislador aragonés si la discapacidad –en particular, la psíquica– incide o no en «la legitimación para actuar» válidamente en Derecho y, en caso afirmativo, cómo incide. Ello obviamente, dependerá del significado que se quiera dar a los conceptos «capacidad jurídica» y «ejercicio de la capacidad jurídica» y de si al final se acaba imponiendo la lectura, a mi juicio, sesgada que defiende la Obs. núm. 1 (2014) del Comité NU. Ciertamente, como afirma el Comité, los déficits en la capacidad mental no deben utilizarse para denegar a una persona su capacidad para ser titular de derechos y obligaciones ni tampoco para ejercerlos, pero sí justifican –y así resulta de la Convención– que se complemente este ejercicio con un apoyo suficiente cuando ello sea necesario por incidir en su aptitud para tomar decisiones.

Así las cosas, es obvio que se impone la supresión del artículo 38 CDFA relativo a las causas de incapacitación, ya no sólo porque resulta desacorde con las nuevas previsiones de índole procesal contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Jurisdicción Voluntaria, sino porque, además, a la hora de referirse a las causas determinantes de la extinta incapacitación y actual provisión judicial de apoyos contempla la discapacidad exclusivamente desde el prisma del modelo médico, cuando, coincido con la Convención NU 2006, la discapacidad no es problema exclusivamente personal, sino más propiamente el resultado de la interacción entre la deficiencia o enfermedad que padece una persona y las barreras que le dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad.

No obstante lo anterior, me parece necesario delimitar debidamente el ámbito subjetivo del nuevo sistema de apoyos de las personas con discapacidad, a lo que, sin embargo, ha renunciado la Ley estatal 8/2021, dónde se prevé que, como regla, toda referencia a la discapacidad debe ser entendida como «aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica», expresión esta no muy clarificadora (DA 4.^a Cc). Sugiero así la incorporación en el Código del Derecho Foral de Aragón de una nueva noción de la discapacidad que aúne sus factores individuales y sociales en línea con la Convención

NU 2006 (art. 1.1)¹⁶², pero también que aclare qué personas y cómo son consideradas con discapacidad a efectos jurídicos¹⁶³.

Habría de revisarse, asimismo, el tenor del artículo 39 CDFa relativo a la capacidad del incapacitado, toda vez que equipara con un planteamiento muy rígido la situación jurídica del «incapacitado» sujeto a tutela a la del menor que no haya cumplido catorce años y la del «incapacitado» sujeto a curatela a la del menor mayor de catorce años. Considero así que habría que reformularlo para dar entrada a la noción del «traje a medida», como ha hecho la Ley 8/2021 en el artículo 268.1 Cc.

Igualmente, entiendo que la doble presunción de capacidad formulada en el artículo 34 CDFa requiere ser revisada a la luz con la Convención. De este modo, podría sustituirse la –ahora desfasada– presunción general de capacidad de la persona mayor de catorce años no «incapacitada» de su apto. 1 por otra concerniente al pleno ejercicio de la capacidad jurídica por todo mayor de edad, salvo que esté provista de apoyo representativo. Pero sí, de modo complementario, mantendría la presunción relativa a la aptitud de querer y entender para llevar a cabo un acto concreto¹⁶⁴, así como la sanción de anulabilidad prevista en su defecto por el artículo 37 CDFa que, por lo demás, haría extensiva a aquellos actos realizados por persona con discapacidad sin contar con el apoyo establecido¹⁶⁵. En coherencia con lo anterior, habría que replantearse el tenor de aquellos preceptos que vinculan la capacidad para realizar ciertos actos jurídicos a la ausencia de incapacitación (arts. 73.2 y 91.1.c, 172.1, 199, 240 y 242, 245.a, 367 y 440, ya referidos), quizá en el sentido de supeditar su validez a la necesaria concurrencia de aptitud de querer y entender en el interesado, al objeto fundamentalmente de evitar abusos de terceros¹⁶⁶.

¹⁶² Tal definición ya ha sido adoptada literalmente por la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón (art. 3.a.); e, igualmente, a nivel estatal por el artículo 25.1 Cp, en su redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, para añadir en su apto. 2 (necesitado de una nueva revisión) que «asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

¹⁶³ Coincide en esta apreciación GETE-ALONSO Y CALERA, 2020, p. 35.

¹⁶⁴ De hecho, una presunción similar recoge el artículo 414-1 Cc francés.

¹⁶⁵ Coincido así con RIBOT IGUALADA, 2018, pp. 74-75, cuando afirma que lo determinante para decidir si un acto es válido no es la «mera ausencia del apoyo», sino la «ausencia de capacidad natural».

¹⁶⁶ Apuntan en esta línea PARRA LUCÁN, 2015, pp. 133 y 139; y BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 153.

3.2 En relación al consentimiento informado y al internamiento involuntario

Una cuestión de gran trascendencia, estrechamente relacionada con la anterior, tiene que ver con la necesaria adaptación del régimen legal en materia de consentimiento informado a la Convención NU 2006. Si esta cuestión ya de por sí resulta muy compleja, toda vez que subyace en la misma el debate acerca de la oportunidad (o no) de los tratamientos sanitarios y en especial, psiquiátricos forzosos, lo cierto es que el confuso panorama legislativo de la Comunidad Autónoma de Aragón no ayuda a resolverla, toda vez que en el momento presente nos encontramos con una regulación muy dispersa y no debidamente coordinada, contenida, de una parte, en el artículo 35 CDFR relativo a la intromisión en los derechos de personalidad de persona discapaz «no incapacitada»; y, de otra, en el artículo 14 Ley 6/2002 de Salud de Aragón y el artículo 10 Ley 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, referidos ambos al consentimiento informado¹⁶⁷.

Se impone, por tanto, una revisión en profundidad de esta materia, a fin de disponer de una regulación acorde a la Convención¹⁶⁸, pero que resulte uniforme y, a la par, congruente. En este sentido, me parece plausible la opción del legislador catalán de haber dado entrada a la misma en su Código civil (arts. 212-1 a 212-3), por cuanto, a mi juicio, se trata de una materia perteneciente al ámbito jurídico-civil (Derecho de la persona) y no estrictamente sanitario¹⁶⁹. Ahora bien, también es cierto que habrá que esperar a la

¹⁶⁷ En particular, el Código del Derecho Foral de Aragón en su artículo 35 condiciona la intromisión, en general, en los derechos de la personalidad de un mayor de edad «no incapacitado que no esté en condiciones de decidirla por sí mismo» al consentimiento –por este orden– de su cónyuge, pariente o allegado «que se ocupe de él» y, subsidiariamente, a autorización judicial. Por lo que hace estrictamente al consentimiento informado la Ley 6/2002 de Salud de Aragón y la Ley 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte coinciden en permitirlo por sustitución en el caso de «incapacidad de hecho» –esto es, cuando el paciente se encuentre en un estado físico o psíquico que no le permita hacerse cargo de su situación– apreciada por el facultativo, según aclara la Ley 6/2022–. Sin embargo, tratándose de «incapacitados» –¿entiéndase, provistos de medidas judiciales de apoyos?– las soluciones normativas son divergentes, así, mientras la Ley 6/2002 parece exigirlo en todo caso, la Ley 10/2011, de modo más flexible, se remite a lo decidido en la correspondiente sentencia, a la par que reconoce el derecho del paciente a ser informado y a participar en el proceso de toma de decisiones de modo adecuado a su grado de discernimiento.

¹⁶⁸ Coinciden en esta apreciación, aunque sin formular propuestas de *lege ferenda*, GERMÁN URDIOLA y FERNÁNDEZ IGLESIAS, 2021, pp. 112-113.

¹⁶⁹ Se muestra, asimismo, favorable a incluir esta materia en el Código del Derecho Foral de Aragón CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 32. En Derecho comparado esta solución también está presente en el Código civil suizo, en particular, en sus artículos 370 a 373 (directivas anticipadas), artículos 377 a 381 (representación en el ámbito sanitario) y artículos 434 a 439 (tratamiento médico en caso de trastorno psíquico).

relectura que, en su caso, lleve a cabo el legislador estatal del artículo 9 Ley 41/2002 básica de autonomía del paciente, de momento pospuesta, dado que –no se olvide– la regulación básica en esta materia es competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.16 CE¹⁷⁰.

Con todo, a la espera de que se despeje este complejo panorama legislativo, me aventuro a defender que toda intervención en el ámbito sanitario cuyo destinatario sea una persona con discapacidad debería llevarse a cabo, conforme al artículo 25.d Convención NU 2006, con su consentimiento libre y debidamente informado, revelándose fundamental en este ámbito la idea de los ajustes razonables¹⁷¹. Ahora bien, ello sin excluir de modo absoluto, como, sin embargo, recomienda el Comité NU sobre los derechos de las personas con discapacidad en su Obs. general núm. 1 (2014)¹⁷², el consentimiento por sustitución, al objeto de garantizar la debida atención médica y/o farmacológica en aquellas situaciones extremas en que el paciente se revele incapaz de tomar una decisión al respecto con el consiguiente riesgo para su salud e integridad física y/o psíquica.

Sin ánimo de profundizar sobre este espinoso asunto, las mismas razones me llevan a mantener el internamiento involuntario

¹⁷⁰ En su redacción actual, el artículo 9 Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente mantiene el consentimiento por sustitución respecto a aquellas personas bien cuyo «estado físico o psíquico no les permita hacerse cargo de su situación», bien con «capacidad modificada judicialmente cuando así lo determine la sentencia» (aptd. 3, letras a y b). Ahora bien, en su aptd. 7, que trae causa de la Ley 26/2011, se incide, con buen criterio, en la necesidad de favorecer su prestación por el propio interesado mediante el ofrecimiento de las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formato adecuado y, por añadidura, para el caso de que haya de optarse por el consentimiento por sustitución, se obliga a implicarlo «en la medida de lo posible» en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

¹⁷¹ A este respecto, con LIZARRAGA LARA *et al.*, p. 44, cobra especial relevancia el artículo 21 Convención NU 2006 que reconoce el derecho al acceso de información y que se traduce, por lo que hace a este concreto ámbito, en la exigencia de una adecuada configuración del documento del consentimiento informado, a fin de garantizar que la persona con discapacidad recibida toda la información necesaria antes de consentir, expresada en términos claros y comprensibles y en un formato accesible (la idea de la «lectura fácil»). Coincide con el planteamiento aquí expuesto el legislador aragonés cuando, en la Ley 5/2021 de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, impone al sistema público sanitario de Aragón el deber de impulsar las medidas necesarias en orden a garantizar la información y el consentimiento en el ámbito sanitario resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, de acuerdo con el principio del diseño universal (artículo 13.e).

¹⁷² En particular, la Observación CDPD núm. 1 (2014) § 41 dice así: «En relación con el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas. Todo el personal médico y sanitario debe velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad».

del artículo 36 CDFA¹⁷³, supeditado en todo caso a la necesaria autorización judicial como establece dicho precepto. No obstante, circunscribiría *ad futurum* su ámbito exclusivamente a los justificados por razones de salud mental y, por añadidura, reforzaría su carácter excepcional, con base en los artículos 14 (derecho a la libertad) y 19 (derecho a vivir de forma independiente) de la Convención NU 2006¹⁷⁴. Dejaría así de contemplar la posibilidad de privar de libertad contra su voluntad, aun con dicha garantía procesal –que en la práctica no se cumple¹⁷⁵– a una persona ingresada en centro de formación especial o residencial, como también prevé dicho precepto. Y ello con más motivo cuando la Ley 5/2019 de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón ha incorporado una perturbadora previsión en su artículo 62.2 que, aparte de ser cuestionable desde la perspectiva constitucional por incluirse en ley ordinaria, parece legitimar la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad –incluido el aislamiento «u otras de carácter extraordinario»– en los centros residenciales o de día que atienden a personas con discapacidad, ciertamente con la exigencia de «aprobación» –que no autorización como prevé el artículo 36 CDFA– judicial, aunque peligrosamente modulada cuando concurren razones de urgencia, toda vez que, en tal caso, se exige comunicarlo al Juez en un plazo máximo de veinticuatro horas, pero sin concretar a qué efectos¹⁷⁶.

3.3 A propósito de las medidas de apoyo

Ya centrándome en el futuro sistema de apoyos, no supeditaría su aplicación en exclusiva al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, como ha hecho el

¹⁷³ Nótese que este precepto, sobre el que hasta la fecha no se ha discutido su constitucionalidad, viene a coincidir con el artículo 763 LEC, por cuanto ambos exigen la autorización judicial previa al internamiento no consentido. No obstante, existen importantes divergencias entre ambos. Así, de una parte, el artículo 36 CDFA amplía su ámbito a los internamientos en establecimientos de educación o formación especial y en centros residenciales; pero, de otra, supedita en todo caso el internamiento «contra la voluntad» del interesado a la debida autorización judicial, sin contemplar el internamiento urgente.

¹⁷⁴ Suscribo así las palabras de SOLÉ RESINA, 2020, p. 202, cuando afirma que el internamiento debe resultar una salvaguarda proporcionada a la necesidad de la persona afectada y, por tanto, a adoptar como último recurso ante un riesgo inminente y grave para su salud, sin que se justifique en la única existencia de una discapacidad, –añado– en cumplimiento de la exigencia del artículo 14.1.b Convención NU 2006. *Vid. en términos similares, que no totalmente coincidentes, el Comité de Bioética de España, Informe, 2017, pp. 16-19.*

¹⁷⁵ Según hace constar PARRA LUCÁN, 2015, p. 138.

¹⁷⁶ Sobre este particular es de lectura obligada la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2022, de 19 de enero, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o socio-sanitarios de personas mayores y/o con discapacidad.

legislador estatal en línea con la Obs. núm. 1 (2014) Comité NU¹⁷⁷, sino que conjugaría este principio con el del mejor interés de la persona con discapacidad presente en el actual artículo 101.2 CDFA, por considerar que ambos son compatibles¹⁷⁸ so riesgo se me tache de paternalista¹⁷⁹. De hecho, tal es el criterio que subyace en la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo (STS de 8 septiembre 2021¹⁸⁰) en aplicación del nuevo régimen estatal y que, por lo demás, han adoptado expresamente otros Derechos europeos en su adecuación a la Convención NU 2006 (v. gr. art. 415 Cc francés y art. 407 Cc suizo).

En coherencia con lo anterior, no incluiría al derecho a rechazar el apoyo, como proponen las Bases de reforma del Código civil de Cataluña (Bases 4.^a1, 13.^a1 *in fine*). Sí estoy plenamente convencida que la adopción de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica debe circunscribirse a aquellas personas que realmente lo necesitan y que, además, deben ser lo menos intrusivos posibles. Pero también opino que llevar a tal extremo el respeto a la voluntad y preferencias puede conducir a situaciones de desasistencia atentatorias a la dignidad de la persona; piénsese, en concreto, en aquellas personas que, por razón de la propia deficiencia intelectual y/o mental, bien no pueden manifestar su voluntad, bien no tienen conciencia alguna de su discapacidad y, por ende, su voluntad se encuentra absolutamente distorsionada¹⁸¹. Es más, tal opción no se

¹⁷⁷ Más exactamente, como pone de relieve no sin cierta desazón CALATAYUD SIERRA, 2021, pp. 5-6, y 2022, p. 8, la Ley 8/2021 ha ido más allá del tenor del artículo 12 Convención, dando entrada a los «deseos» de la persona con discapacidad, término este que adolece de no poca subjetividad. De este modo, el necesario respeto a la voluntad, deseos y preferencias (constatada o presunta) de la persona con discapacidad se convierte en una constante a lo largo de todo el articulado (v.g. arts. 249.2 y 3, 250.2, 254, 258.3, 264, 268.1, 276.4, 282.3, 283.1, 288, 297 y 665 Cc).

¹⁷⁸ En este sentido comparto la lectura integradora de ambos principios que propugnó en su momento la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, 2016, p. 45, en el sentido de que todo apoyo que se preste a una persona con discapacidad se dirija a reportarle una mayor calidad de vida apreciada conforme a su voluntad que, en todo caso, habrá de respetarse cuando haya podido válidamente formarse y manifestarse. Con un planteamiento similar, PEREÑA VICENTE, 2018b, p. 139, considera esencial consagrar el interés superior de la persona con discapacidad con una doble función: primero, como criterio subsidiario de actuación cuando resulte imposible conocer la voluntad y preferencias; y, segundo, como criterio moderador de la voluntad claramente manifestada cuando genere un grave perjuicio a la persona.

¹⁷⁹ Coincido en este punto con la tesis que sustenta ALEMANY, 2021, pp. 31-33, según la cual un sistema de apoyos a personas con discapacidad mental y/o intelectual, para cumplir eficazmente con su función debe admitir cierto grado de paternalismo.

¹⁸⁰ Así, en su FJ 4 puede leerse la siguiente afirmación: «En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado».

¹⁸¹ Me parece así muy razonable la siguiente declaración formulada por la STS de 8 septiembre 2021: «no intervenir bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en

contempla en el artículo 12 Convención por mucho que fuerce su tenor el Comité el artículo 49 CE tampoco ampara este derecho, aun en su nueva redacción propuesta en el Proyecto de reforma actualmente en tramitación¹⁸².

Sí daría entrada expresa a los demás principios rectores de las medidas de apoyo formulados en el artículo 12.4 Convención NU 2006 como son los de proporcionalidad, temporalidad, revisión necesaria y apoyo desinteresado y leal, sin olvidar el principio esencial de respeto a la dignidad de la persona que, entiendo, no debe confundirse con el de autonomía personal, como parece dar a entender el Comité NU¹⁸³. Se trataría así de facilitar a los operadores jurídicos las necesarias pautas a seguir en la aplicación del nuevo sistema de apoyos que resulte de la reforma.

3.3.1 SOBRE LA NECESIDAD DE REPENSAR EL TÉRMINO «APOYO» E INCORPORAR LOS APOYOS INFORMALES

A partir de ahí, convendría replantearse el futuro sistema aragonés de apoyos, en el sentido de no meramente revisar las actuales instituciones de protección de las personas con discapacidad que contempla el Código del Derecho Foral de Aragón, sino de dar cabida, con un planteamiento más respetuoso con la Convención, a otro tipo de apoyos menos intrusivos hasta ahora no contemplados en un sistema dirigido exclusivamente a completar o sustituir la capacidad de las personas con discapacidad. Y es que, como ya se

contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno mental no es consciente del proceso de degradación personal que sufre». No obstante, discrepo de la medida de apoyo finalmente adoptada por el Tribunal Supremo, por considerarla excesivamente invasiva: una curatela en principio asistencial, pero sin descartar la representación del curador en caso de falta de colaboración por parte del sujeto a la misma. Y es que, según puede leerse en los antecedentes de la sentencia, la patología que padecía el demandado –un síndrome de Diógenes– le condicionaba exclusivamente en el cuidado de su salud e higiene con riesgo para la salubridad de sus vecinos, por lo que coincido con DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, 2021, en la oportunidad de haber nombrado en este supuesto un defensor judicial, al que –no se olvide– el artículo 295.4 Cc, da entrada cuando la persona con discapacidad requiera apoyo ocasional y recurrente, como, en mi opinión, acaecía en el caso de autos.

¹⁸² De acuerdo con DE SALAS MURILLO, 2020, pp. 2236 y 2244. Ciertamente el Proyecto de reforma del artículo 49 CE (2021) abandona el modelo médico de la discapacidad vigente en el momento de su redacción para poner el acento en los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad y asimismo, da entrada al principio de respeto a su autonomía personal, pero se recoge, asimismo, «la especial protección de las personas con discapacidad para que reciban la atención especializada que requieran», según puede leerse en su propia Exposición de Motivos. En cualquier caso, esta cuestión no es pacífica entre la doctrina y no son pocos los partidarios de la tesis positiva; entre otros, RIBOT IGUALADA, 2020, pp. 77-78 con matices; y GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, 2022, pp. 214-215

¹⁸³ De acuerdo con ATIENZA RODRÍGUEZ, 2016, p. 264; y ALEMANY, 2018, pp. 218-219, cuya opinión suscribo.

ha indicado, el término «apoyo» es muy amplio, y, por consiguiente, puede dar entrada a apoyos de menor intensidad a los contemplados tradicionalmente ya no solo con respecto a las personas con discapacidad física, sino también en relación a aquellas discapacidades psíquicas que sólo necesiten una mera ayuda a la hora de actuar por sí mismos. En la línea aquí apuntada, podría incorporarse, como han hecho las Bases de reforma del Código civil de Cataluña, la distinción entre apoyos formales e informales, dando así una mínima cobertura legal a los apoyos que espontánea y, por tanto, sin que medie formalización alguna pueda recibir puntualmente una persona con discapacidad de su entorno familiar y/o comunitario para desenvolverse en su vida ordinaria¹⁸⁴.

3.3.2 SOBRE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

Me parece fundamental mantener la prioridad que reconoce el Código del Derecho Foral de Aragón a las medidas voluntarias de apoyo, en coherencia con la amplitud con que se configura en el Ordenamiento aragonés el principio de autonomía de la voluntad y, además, con un planteamiento plenamente respetuoso con el artículo 3.a Convención NU 2006.

Es más, personalmente soy partidaria, en línea con lo dispuesto en el artículo 59 Ley 5/2019 de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, de potenciar tales instrumentos autorregulatorios, al objeto de que se generalice la práctica de que sea el propio interesado el que diseñe su sistema de apoyos, de modo acorde con su voluntad y preferencias, evitando así, no sólo el diseño por un tercero ajeno a su realidad, sino además, en su caso, un procedimiento judicial¹⁸⁵. Ahora bien, resulta innegable que la efectividad de este tipo de instrumentos en la práctica depende(rá), en buena medida, de la necesaria implicación de los Notarios –no exenta de cierta responsabilidad– en el momento de su otorgamiento, no sólo para apreciar la capacidad suficiente del interesado, sino para apoyarle y asesorarle tanto en su diseño como cara la posible adopción de mecanismos de control y revisión en función de su concreto alcance, con el objetivo último de que no haya conflictos de interés ni influencia indebida¹⁸⁶.

¹⁸⁴ A la importancia de dar entrada a los apoyos informales y, por extensión, de dotarles de un mínimo régimen jurídico se refiere igualmente SOLÉ RESINA, 2021, pp. 1-4.

¹⁸⁵ Como, igualmente, advierten CALAZA LÓPEZ, 2021, p. 4, y CORTADA CORTIJO, 2022, p. 3.

¹⁸⁶ Comparten esta visión la Unión Internacional del Notariado, 2020, pp. 37-39; y, en la doctrina, ESPIÑEIRA SOTO, 2021; CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, 2022, pp. 264-265; y MORO ALMARAZ, 2022, p. 287.

No alteraría, sin embargo, como ha hecho el legislador estatal, su carácter anticipatorio¹⁸⁷. De este modo, y por lo que hace al Derecho aragonés, seguiría contemplando, en principio, su posible otorgamiento en previsión a una eventual futura necesidad de apoyo, sin dar entrada a las medidas voluntarias de apoyo actuales, esto es, a otorgar por el interesado cuando ya necesite apoyo para ejercer su capacidad jurídica; posibilidad ésta, sin embargo, que parece contemplar el artículo 255.1 Cc en su redacción dada en fase de enmiendas, desvinculándose así del ppio. 1.1 formulado en la Recomendación CM/Rec (2009) del Consejo de Europa sobre los principios relativos a los poderes permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad¹⁸⁸. No obstante, si esta solución se considera desproporcionada¹⁸⁹, al menos exigiría la necesaria aptitud de querer y entender por parte del interesado –omitida, sin embargo, en el Código civil¹⁹⁰– en el momento de su otorgamiento, pero quizá rebajaría la edad a los catorce años, eso sí, con la debida asistencia, haciendo extensivo a tales medidas el régimen general del artículo 23 CDFa¹⁹¹.

Pero, eso sí, considero que habría que dotar de un régimen jurídico más detallado a los mandatos de apoyo, ahora meramente pergeñado en el artículos 109 CDFa, al objeto de poner fin a la incertidumbre y los importantes problemas que viene planteando su aplicación práctica desde su incorporación al Ordenamiento jurídico aragonés por la Ley de Derecho de la persona de 2006. Interesaría así delimitar con mayor concreción su naturaleza jurídica

¹⁸⁷ En las Bases de reforma del de Código civil de Cataluña (Base 9) se acoge, sin embargo, la solución estatal.

¹⁸⁸ Coinciden en esta lectura de la expresión «en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica» del artículo 255.1 Cc. CALATAYUD SIERRA, 2021, p. 14 –no sin discrepar de la misma–; y CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, 2022, pp. 259 y 261. Otra interpretación ofrece, sin embargo, CORTADA CORTIJO, 2022, p. 3, para defender el mantenimiento del carácter anticipatorio de las medidas voluntarias de apoyo.

¹⁸⁹ De hecho, el artículo 477.2 Cc francés admite el otorgamiento de tales mandatos a las personas sujetas a curatela, si bien con asistencia de su curador.

¹⁹⁰ Con todo, desde el momento en que se requiere escritura pública (arts. 255.1, 260 y 271 Cc), el Notario habrá de efectuar el oportuno juicio de capacidad, conforme a lo dispuesto en la legislación notarial inalterada en este extremo (arts. 17 bis.2 Ley del Notariado y arts. 156.8 y 167 Reglamento Notarial); esto es, asegurarse que, a su juicio, la persona con discapacidad –aun ya necesitada de apoyo– tiene capacidad suficiente, de tal manera que podrá denegar su otorgamiento *ad contrarium*. Comparten esta apreciación el Consejo General del Notariado en su *Circular informativa 2/2021*; y en la doctrina, GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentario al artículo 250 Cc», 2021; PEREÑA VICENTE, 2021, pp. 229-230; RIBOT IGUALADA, «Comentario al artículo 260 Cc», 2021; y GONZÁLEZ LEÓN, 2022, p. 360.

¹⁹¹ Nótese a este respecto que el Código civil permite su otorgamiento a los menores emancipados (arts. 255.1 y 271.1, referidos respectivamente a las medidas voluntarias de apoyo en general y a la autotutela).

—¿mandato y/o poder?¹⁹²— y sus posibles modalidades, pero también ofrecer respuesta a algunas cuestiones muy complejas, derivadas de su acertada caracterización por el legislador aragonés como medida de apoyo, que —no se olvide— lo separa de los mecanismos ordinarios de gestión de asuntos ajenos. Estoy pensando, en particular, en cuestiones tales como en qué momento exacto concurre la necesidad de apoyo que condiciona el inicio o pervivencia de su eficacia¹⁹³, si el mandatario tiene o no obligación de prestar apoyo al mandante cuando lo necesite para ejercer su capacidad jurídica¹⁹⁴, si esta medida de apoyo ha de estar sujeta algún tipo de control obligatorio, incluida su revisión periódica¹⁹⁵ o qué causas pueden conllevar su extinción más allá de las previstas por el propio interesado. Sobre este último extremo, una cuestión de indudable importancia que convendría replantearse tiene que ver con su posi-

¹⁹² De hecho, actualmente las opiniones se encuentran divididas en la doctrina. Así, mientras LLORENTE SANSEGUNDO, 2010, p. 66 interpreta el artículo 109 CDFA en el sentido de que contempla un mandato representativo, CALATAYUD SIERRA, 2022, pp. 53-54, se desvincula del tenor literal de este precepto para considerarlo referido a los meros poderes ya sean preventivos y de subsistencia. Así las cosas, en mi opinión debería mantenerse *ad futurum* su condición de mandato, para que el apoderado quede vinculado por el mismo y, por ende, obligado a prestar apoyo al poderdante cuando lo necesite. A partir de ahí, como prevé el artículo 360 Cc suizo, mandato con o sin poder, en función de que se pretenda que el mandatario asuma la representación o meras funciones asistenciales.

¹⁹³ Para dar respuesta a esta cuestión el artículo 257 Cc opta por una solución en exceso voluntarista, por cuanto deja al criterio del poderdante la inclusión o no de previsiones al respecto; y por añadidura, la acreditación de la situación de necesidad de apoyo —que atribuye al juicio del Notario, cumplimentado con un informe pericial— no se impone en todo caso, sino sólo «si fuera preciso». Personalmente me convence más la fórmula adoptada por los Códigos civiles francés (artículo 481) y suizo (artículo 363) de supeditar su eficacia a una autoridad externa: el secretario judicial (*greffe de justice*) en Francia y la autoridad de protección del adulto en Suiza.

¹⁹⁴ Cuestión esta que, sin embargo, ha quedado sin resolver en el Código civil desde el momento en que la Ley 8/2021 ha prescindido de utilizar una terminología uniforme para referirse a este instrumento de apoyo, lo que personalmente me lleva a dudar de su correcto encaje bien en la figura del poder o del mandato. De este modo, aunque la Sección del Código civil que contiene su régimen jurídico —la Sección 2.ª del Capítulo II—, lleva el título «de los poderes y mandatos preventivos», los artículos que la integran y, en particular, los artículos 256 a 261 lo denomina genéricamente «poder», alternando, además, las denominaciones «poder preventivo» y/o «poder con cláusula de subsistencia». Para mayor confusión, el artículo 262 extiende al mandato sin poder el régimen previsto en el referido capítulo y el artículo 1732, en sede de mandato, incluye una crítica previsión sobre la extinción del mismo vinculada a la existencia de otra medida de apoyo, con referencia expresa a la curatela representativa (núms. 4.º y 5.º). Cuestionan, asimismo, tal falta de precisión terminológica PEREÑA VICENTE, 2021 pp. 208-209; y QUESADA GONZÁLEZ, 2022, pp. 245-246.

¹⁹⁵ Nótese que el artículo 258.3 Cc sólo contempla la posibilidad de que tales medidas de apoyo estén sujetas a control si así lo decide el propio interesado. Se renuncia así a establecer un sistema de control subsidiario, prescindiendo de las pautas señaladas al respecto por la Recomendación CM/Rec (2009) 11 del Consejo de Europa sobre los principios relativos a los poderes permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad (ppio. 12.2). Ello con una excepción referida exclusivamente al poder general: en este caso, dado que le es de aplicación, salvo voluntad en contra del poderdante, el régimen de la curatela por remisión del artículo 259 Cc, habrá que entender que estará sujeto al control del Juez y del Ministerio Fiscal previsto para la curatela en el artículo 270.

ble pervivencia, ya no en caso de incapacitación como prevé el vigente artículo 109 CDFA, sino de provisión de medidas judiciales de apoyo. Sobre este particular quizá debería matizarse el tenor del artículo 114.2 CDFA¹⁹⁶ en el sentido de restringir la facultad del Juez de declarar la extinción del mandato sólo a aquellos casos en que se revele insuficiente¹⁹⁷ o cuando, en su caso, detecte conflicto de interés o influencia indebida por parte del mandatario¹⁹⁸, para dar así debido cumplimiento al principio de respeto a la voluntad y preferencias. Es más, esta última afirmación entiendo que puede hacerse extensiva al supuesto en que el mandante ya se encuentre en situación de necesitar apoyos –la situación de «incapacidad» a la que se refiere el artículo 109 CDFA–, pero no haya sido provisto judicialmente de los mismos, precisamente por considerarse que el mandato que otorgó en su momento cubre suficientemente tal necesidad de apoyo.

No creo, sin embargo, que el artículo 108 CDFA relativo a la delación hecha por uno mismo merezca una revisión en profundidad de su contenido, ya de por sí muy detallado como se ha indicado, más allá del supuesto de hecho determinante de su otorgamiento (la «incapacitación»). Mantendría, además, su carácter anticipatorio o, al menos, el requisito del discernimiento suficiente, discrepando así de la solución adoptada en último momento en la reforma estatal, favorable a la autocratela de presente sin matiz alguno (art. 271.1 Cc)¹⁹⁹. La misma afirmación hago extensiva al

¹⁹⁶ No sin la opinión en contra de CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 56.

¹⁹⁷ Previsión esta que ha sido incluida certeramente en el artículo 249.1, 2.ª parte Cc. Sucede, sin embargo, que la Ley 8/2021 también ha modificado el tenor del artículo 1732 Cc para incluir, entre sus causas de extinción, «el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esta condición» (núm. 4.º), expresión legal un tanto ambigua de la que parece resultar su imposible coexistencia con la curatela cuando coincidan sus ámbitos de actuación, lo que no deja de resultar contradictorio con el carácter subsidiario atribuido a las medidas judiciales de apoyo. Ciertamente, la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley ha aportado cierta luz al asunto, al ser incorporada en fase de enmiendas con el núm. 5.º, una nueva causa de extinción del contrato de mandato como es la constitución de una curatela representativa. Con todo, si lo que se pretendía era mejorar la técnica jurídica como se aduce en las enmiendas que la incorporaban, ello se hubiera logrado con mayor éxito con la sustitución de la críptica causa de extinción del núm. 4.º por aquella.

¹⁹⁸ Nótese al respecto que el legislador estatal ha optado por hacer extensivos a estos mandatos y/o poderes las causas de remoción de la curatela (artículo 258.4, en relación con el artículo 278 Cc).

¹⁹⁹ Nótese que en el artículo 271.1 Cc no sólo se ha eliminado el término «futura» que adjetivaba al ya de por sí confuso supuesto de hecho determinante de su otorgamiento («conurrencia de circunstancias que puedan dificultarle en el ejercicio de la capacidad jurídica»), sino que, además, se ha suprimido el aptdo. 3.º que determinaba la ineficacia de la autocratela dispuesta por el interesado una vez iniciado el procedimiento de provisión de apoyos. Ciertamente, como argumentan algunas de las enmiendas presentadas al respecto, tal previsión de ineficacia se derivaba de una injustificada presunción de falta de capacidad del interesado – ya inmerso en un proceso de provisión de apoyos– para efectuar por sí mismo la delación en tal momento, pero, en mi opinión, no deja de resultar arriesga-

artículo 114.1 CDFa que circunscribe la facultad del Juez de prescindir de la misma al único supuesto de «alteración sobrevenida de circunstancias», en un planteamiento plenamente respetuoso con la voluntad del propio interesado que personalmente comparto²⁰⁰.

Mayores dudas me plantea, sin embargo, la delación hecha por los titulares de la autoridad familiar, al menos vinculada a la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada y más admitida por el artículo 109 CDFa en términos tan amplios; esto es, prescindiendo del mayor o menor discernimiento de la persona con discapacidad. Por ello, quizá podría prescindirse de esta modalidad de delación y, en su lugar, hacerse extensivo el régimen general en materia de capacidad del mayor de catorce años del artículo 23 CDFa a este concreto acto jurídico²⁰¹, así como, en general, a las medidas voluntarias de apoyo de que se puede dotar el propio interesado.

Por último, en la línea de potenciar la autonomía de la voluntad que propugna la Convención, me aventuro a sugerir la posibilidad de dar entrada a la posibilidad de articular por el propio interesado otras medidas de apoyo de menor intensidad que las aquí descritas (p. ej. los acuerdos de apoyo²⁰²) y aun instrucciones dirigidas a organizar *ad futurum* aspectos de su vida personal para cuando ya no pueda darlas²⁰³.

3.3.3 SOBRE LAS MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO

Por lo que hace a las medidas judiciales de apoyo, comparto la opción del legislador estatal de suprimir la tutela tanto ordinaria

do suprimirla sin introducir matiz alguno y, además, omitiendo cualquier referencia a la necesaria capacidad suficiente. *Vid.* en términos, igualmente, críticos DÍAZ ALABART, 2021, p. 404; y CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 49.

²⁰⁰ CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 52 se muestra, sin embargo, favorable a ampliar el ámbito de actuación del Juez a aquellos casos en que considere que las disposiciones de la autocratela sean perjudiciales para el interesado, yendo más allá del nuevo artículo 272 Cc referido a «circunstancias graves desconocidas». Pero, no se olvide, que, en la tesis que aquí se defiende, éste las ha otorgado en su momento con pleno discernimiento y, además, bajo la supervisión del Notario, otorgante de la escritura pública. Ello sin olvidar la posibilidad de acudir a las causas de inhabilitación para ser curador o, en su caso, de remoción, como recuerda DÍAZ ALABART, 2020, p. 411.

²⁰¹ Comparte esta opinión CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 49.

²⁰² Discrepa, sin embargo, de este planteamiento CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 61, en atención a la amplitud de la habilitación que contiene el Derecho aragonés para establecer previsiones para el caso de «incapacidad».

²⁰³ Como apunta certeramente CALATAYUD SIERRA, 2022, p. 60, si bien incidiendo en la necesidad de distinguir nítidamente entre lo que son facultades de los poderes y lo que son instrucciones, salvo que se quieran condicionar la eficacia de aquellas. De hecho, tal parece ser el criterio adoptado por el nuevo artículo 255.1 Cc, en cuanto faculta al interesado para acordar genéricamente «medidas de apoyo relativas a su persona o bienes», aunque ciertamente en los preceptos siguientes sólo se ocupe exclusivamente de los mandatos—poderes preventivos y con cláusula de subsistencia (arts. 256 a 262) y de la autocratela (arts. 271 a 274).

como administrativa de las personas con discapacidad, por resultar, como dice el Preámbulo de la Ley 8/2021, figuras en exceso rígidas y poco adoptadas al sistema de apoyos que propugna la Convención NU 2006 y, además, para evitar el peligro de que se recurra, como regla, a esta medida de sustitución absoluta en la toma de decisiones²⁰⁴.

No obstante, la supresión de la tutela automática de la Administración quizá debería ir acompañada de la incorporación de alguna medida a través de la cual se articulase la necesaria intervención de aquella en caso de desamparo de la persona con discapacidad, más allá de la medida de apoyo provisional que reserva el artículo 253 Cc para aquellas personas con discapacidad que requieran apoyo urgente y carezcan de guardador de hecho o, entiendo, de otra medida de apoyo voluntario o judicial²⁰⁵.

Las mismas razones me llevan a defender, no tanto la supresión de la autoridad familiar rehabilitada como ha hecho la Ley 8/2021, sino la revisión de su régimen jurídico contenido en los artículos 41 a 45 CDFa para dotarlo de una mayor flexibilidad. De este modo, quizá podría darse entrada al Juez, no tanto para sustituirla por una medida judicial de apoyo como prevé el artículo 43 CDFa, sino para que module su contenido en atención a las concretas circunstancias de ese hijo con discapacidad cuyos progenitores –fundamentalmente– quieren seguir asumiendo voluntariamente, a la par que formalmente –esto es, no bajo una guarda de hecho– su apoyo²⁰⁶. Y es que personalmente no puedo sino discrepar de los argumentos esgrimidos por el Preámbulo de la Ley 8/2021 para justificar su supresión en el Código civil, en los que subyace, en mi opinión, una absoluta desconfianza en el futuro apoyo que puedan brindar los progenitores a sus hijos adultos²⁰⁷, cuando, además, en

²⁰⁴ Comparto así las reflexiones de MUNAR BERNAT, 2018, p. 130 y 2021, p. 181; y PEREÑA VICENTE, 2018b, p. 67. Discrepo, sin embargo, de CALATAYUD SIERRA, 2021, p. 12, y 2022, p. 35, cuando afirma, en relación al Cc, que la supresión de la tutela y su sustitución por la curatela es «una solución más efectista que real» y que «en realidad, lo que se hace es unificar las dos instituciones de protección en una».

²⁰⁵ Coincide en esta interpretación extensiva del artículo 253 Cc TORRES COSTAS, 2022, p. 253.

²⁰⁶ En la misma línea que la aquí apuntada BAYOD LÓPEZ, 2022, p. 12, defiende el mantenimiento de esta figura, «repensando el sistema desde el punto de vista del apoyo y asistencia». Y es que, como advierte CHARLEZ ARÁN, 2020, pp. 14 y 39, es muy habitual que en la práctica esté hijo se encuentre bajo la guarda de hecho de sus progenitores, sin resolución alguna que concrete su situación.

²⁰⁷ En particular, interesa la siguiente afirmación vertida en su Preámbulo § III: «conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible [...] a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa». Por lo demás, comparten la opinión que aquí se sustenta LÓPEZ-MELÚS

Derecho civil aragonés se faculta al Juez para excluir la aplicación automática de estos mecanismos de apoyo y sustituirlos por una medida judicial «en atención al grado de deficiencia del ‘incapacitado’ y la edad o situación personal y social a las personas a las que corresponde ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada». En cualquier caso, entiendo que cara la posible rehabilitación de la autoridad familiar, tendría que tomarse en consideración la voluntad y preferencias de la persona afectada –omitida en la regulación vigente–, fundamentalmente en el caso de aquellos progenitores que no conviven.

Considero, sin embargo, que la autoridad familiar prorrogada, tal y como está regulada actualmente en el Código foral, tiene difícil encaje en un régimen como el resultante de la reforma de 2021 en el que no sólo se prohíbe la incapacitación, sino que se circunscribe la provisión de medidas de apoyo a los mayores de edad o menores emancipados *ex* artículo 249 Cc. Ello sin olvidar que su plasmación legal no parece haber venido acompañada de una profusa aplicación en la práctica, al menos, según revela el examen de la jurisprudencia, circunscrita a las rehabilitaciones de autoridad familiar, según se ha hecho constar. Ello no obsta a que me parezca adecuado que, en el futuro sistema aragonés de provisión de apoyos, se tenga en cuenta el tránsito de la minoría a la mayoría de edad, como ha hecho el legislador estatal (art. 254 Cc), a fin de prevenir una futura situación de falta de apoyo al cesar la autoridad familiar por la mayoría de edad del sujeto a ella²⁰⁸. Y aquí estoy pensando fundamentalmente en aquellos hijos que nacen con un grave trastorno psíquico o mental sin visos de recuperación.

Me parece oportuno, no obstante, el mantenimiento de la curatela como medida de apoyo continuado²⁰⁹ y más en los términos tan flexibles en que se regula en el artículo 150 CDFA, que, como hemos señalado, permite al Juez atribuir no sólo la asistencia, sino también la representación en el ámbito patrimonial, así como restringirla al ámbito personal.

A partir de ahí, la configuraría, de modo coincidente con el Código civil estatal (arts. 249.3 y 269.2) y, por lo demás, acorde con los postulados de la Convención NU 2006, como medida a adoptar como último recurso, primordialmente asistencial y, sólo

MARZO, 2020, p. 252; CALATAYUD SIERRA, 2021, pp. 12-13, y 2022, pp. 7-8; VIVAS TESÓN, 2021, p. 278, nota 4; y VELILLA ANTOLÍN, 2021. Justifican, sin embargo, la opción del legislador estatal MUNAR BERNAT, 2018, p. 131, y MERINO HERNÁNDEZ, 2020, p. 69.

²⁰⁸ Como, igualmente, advierte respecto del Derecho civil catalán GETE-ALONSO Y CALERA, 2020, p. 31.

²⁰⁹ Como es sabido, tal ha sido la opción de la reforma estatal de 2021, a tenor de lo dispuesto en el artículo 250.5 Cc.

cuando sea estrictamente necesario, representativa²¹⁰. No sólo en el ámbito patrimonial como prevé el actual 150.2 CDFA, sino también en el personal²¹¹. No obstante, sí permitiría una curatela representativa general para aquellos casos en los que la persona con discapacidad tenga total y permanentemente anulada su capacidad de autogobierno, por considerar que no vulnera la Convención y, por lo demás, resulta coherente con la posibilidad de otorgar mandatos generales de apoyo por el propio interesado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 108 CDFA. En este sentido, me parece muy acertada la solución adoptada por la reforma del Código civil suizo en 2008 al objeto de su adecuación a la Convención, en cuanto ha incorporado cuatro modalidades de curatela, de menor a mayor intensidad, a saber: la curatela de acompañamiento, la curatela de cooperación y la curatela de representación que, a su vez, puede ser de alcance parcial o general, en última instancia²¹².

En cualquier caso, de ser asistencial quizá debería concretarse el concreto significado que ha de darse al término «asistencia». La cuestión no resulta baladí, dada la confusión que, a mi entender, ha generado al respecto la Ley estatal 8/2021 cuando en su Preámbulo (§ III) identifica la finalidad primordial de la curatela con la ambigua expresión «asistencia, apoyo, ayuda en ejercicio de la capacidad jurídica» que la alejan del tradicional significado atribuido a esta palabra desde una perspectiva jurídica como sinónimo de «asentimiento» y que, de hecho, se recoge expresamente en el artículo 27 CDFA referido a los menores mayores de catorce

²¹⁰ No tanto por «imposibilidad de determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona» según prevé el artículo 249.3 Cc, sino más exactamente, como señala GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentario al artículo 249 CC», 2021, por imposibilidad de conformar su voluntad negocial. Ello es así desde el momento en que, como declara la STS de 6 mayo 2021, no sin discrepar de la Obs. núm. 1 (2014) CDPD, «sería necio negar que existen determinadas deficiencias o enfermedades que, en las últimas fases de su evolución o por sus características propias, requieren la adopción de intensos o extensos mecanismos de protección, en atención a la necesidad de sustituir la decisión de quien no puede prestarla por sí misma por medio de instrumentos de representación obligada».

²¹¹ Como ya sostuvo en su momento PARRA LUCÁN, 2015, p. 108.

²¹² En particular, en la «curatela de acompañamiento» el curador meramente acompaña o ayuda a la persona a realizar ciertos actos (art. 393 Cc suizo). La «curatela de cooperación» permite a la persona actuar por sí misma, si bien requiere el consentimiento del curador para llevar a cabo ciertos actos a determinar por la autoridad de protección del adulto (artículo 396 Cc suizo). La «curatela de representación/gestión patrimonial» atribuye al curador la representación para ciertos actos a determinar, asimismo, por la autoridad de protección del adulto, incluida, en su caso, la gestión total o parcial del patrimonio del discapaz (arts. 394 y 395 Cc suizo). Por último, la «curatela de alcance general» se reserva a las personas con particular necesidad de apoyo debido a una falta permanente de discernimiento y alcanza todos los ámbitos de la asistencia personal, gestión del patrimonio y relaciones jurídicas con terceros (art. 398 Cc suizo). Sobre el particular puede consultarse más detalladamente MEIER, 2017, pp. 76-77.

años²¹³. Quedaría, asimismo, por resolver la cuestión atinente a qué sucede si el curador se niega injustificadamente a prestar la asistencia debida, siendo razonable dar entrada a la Junta de Parientes o el Juez de modo subsidiario²¹⁴.

Por la que hace a la curatela representativa, aparte de restringir su aplicación en los términos expuestos, extendería al curador la exigencia de autorización o, en su caso, aprobación judicial o de la Junta de parientes para aquellos actos de índole patrimonial en que los necesita el actual tutor, conforme a los actuales artículos 14 a 19 CDFa²¹⁵, a la par que mantendría la sanción de anulabilidad para aquellos actos celebrados sin la debida autorización o aprobación, de ser preceptiva²¹⁶. Mayores dudas me plantea, sin embargo, la solución del artículo 287 Cc de dar entrada adicionalmente a lo que denomina «actos de trascendencia personal o familiar», toda vez que, aparte la amplitud e indefinición de la fórmula legal²¹⁷, el régimen aragonés ya contempla salvaguardas *ad hoc* que lo hacen innecesario; piénsese p. ej. en los artículos 35 y 36 CDFa.

Por lo demás, incluiría expresamente la exigencia –recogida en el artículo 269.2 y 3 Cc– relativa a que el juez en cada caso determine los actos que requieran la intervención de curador –la necesaria confección del «traje a medida»²¹⁸– en atención a las concretas circunstancias personales, familiares y sociales de la persona con discapacidad. No obstante, debe reconocerse que su puesta en práctica puede resultar muy complicada con la carga de trabajo y escasez de medios materiales y económicos de que adolecen las

²¹³ En este sentido me parece particularmente acertada la propuesta del Comité de Bioética de España, *Informe*, 2017, p. 22 y, en la doctrina, DE SALAS MURILLO, 2018, p. 11, de no circunscribir la prestación de apoyo al momento de la toma de decisión, como sea venido haciendo tradicionalmente, sino de extenderla al proceso previo de formación de la voluntad. De este modo, y por lo que hace al curador, se trataría de, no sólo de que prestase de su asentimiento al acto jurídico realizado por el sujeto a curatela a efectos de validarlo, sino de «informarle, ayudándole en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias», en palabras del Comité. De hecho, creo que tal es la filosofía que subyace en los aptdos. 3 y 4 del artículo 282 Cc.

²¹⁴ Conviene reparar en este sentido en el actual artículo 223-4.2 CcC que en tal caso faculta a la persona sujeta a curatela a solicitar autorización judicial para actuar sola

²¹⁵ De hecho, así se está haciendo actualmente en la práctica judicial aragonesa cuando se configura como curatela representativa, según hace constar BARRERA HERNÁNDEZ, 2022, pp. 90-91. Con todo, de acuerdo con GUILARTE MARTÍN-CALERA, «Comentario al artículo 287», 2021, convendría matizar el tenor de los artículos 14 a 17 CDFa, partiendo del carácter excepcional de la representación y de la necesidad de personalizar las curatelas, al fin de evitar una práctica muy habitual como el uso del listado de actos comprendidos en dichos preceptos para delimitar las facultades representativas del curador y, por ende, restringir el ámbito de actuación de la persona con discapacidad.

²¹⁶ Cuestión esta silenciada en la reforma estatal, como advierte GUILARTE MARTÍN-CALERA, «Comentario al artículo 287», 2021.

²¹⁷ Comparte esta apreciación MUNAR BERNAT, 2022, p. 438.

²¹⁸ «No preconfeccionado, sino de nuevo corte, personalizado y exclusivo para cada persona», en palabras de VIVAS TESÓN, 2021, p. 286, respecto al artículo 269 Cc, que personalmente comparto.

oficinas judiciales, sin que parezca, además, que este panorama vaya a mejorar en un futuro inmediato, cuando el Ministerio de Justicia sostuvo el nulo impacto de la reforma estatal en los presupuestos generales del Estado, por considerar que no genera ningún compromiso ni obligación económica extra²¹⁹.

Igualmente, mantendría la figura del defensor judicial como medida de apoyo puntual y supletorio, circunscrita a los supuestos de oposición de intereses e imposibilidad de apoyo por quien «deba prestarlo de continuo», extremo este que, por lo demás, quizá habría que especificar a la luz del futuro sistema de apoyos resultante de la reforma, a fin de que quede debidamente delimitado su ámbito de actuación

Pero, en principio, no extendería su aplicación, como ha hecho el legislador estatal (arts. 250.3 y 295.5.º Cc) a todas aquellas situaciones en que sea necesario apoyo ocasional, aun «recurrente», so riesgo de pérdida de los propios perfiles caracterizadores de la institución. En su lugar, articularía alguna figura complementaria²²⁰, al estilo de la *administración de apoyo* (arts. 404 a 412 Cc italiano), la *salvaguarda de justicia* (arts. 433 a 439 Cc francés) o la *curatela de acompañamiento* (art. 393 Cc suizo), como medida de apoyo menos invasiva que la curatela, cuando la persona con discapacidad requiera apoyos puntuales, pero periódicos; piénsese p. ej. en aquellas enfermedades de carácter cíclico, que sólo afectan a determinadas aptitudes o degenerativas en un primer estadio. Por añadidura, la inclusión en el cuerpo legal aragonés de una medida de apoyo de tales características podría justificar, en su caso, la incorporación de alguna especialidad procesal en orden a su tramitación, al amparo de la competencia en materia procesal que reconoce el artículo 149.1.6 CE a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio²²¹.

3.3.4 SOBRE LA GUARDA DE HECHO

Por último, me permito formular alguna reserva acerca de la potenciación de que ha sido objeto la guarda de hecho en el Código civil, desvinculándose en este punto de las Observaciones del

²¹⁹ Ministerio de Justicia, *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2018, p. 45.

²²⁰ Como propuso en su momento en relación a la reforma estatal MAGARIÑOS BLANCO, 2018, p. 203.

²²¹ Sobre este particular *vid. supra* la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada en la nota 46.

Comité NU sobre los derechos de las personas con discapacidad²²². Ciertamente que esta medida de apoyo fáctico constituye una realidad habitual en nuestro país, y, además, permite eludir un proceso a la persona con discapacidad con las disfunciones que, en su caso, puede ocasionarle. Pero también creo que el legislador estatal parte de una visión de la familia «como grupo básico de solidaridad y apoyo [...] especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables» que no responde plenamente a la realidad actual, donde –queramos o no reconocerlo– los casos de desatención familiar, particularmente de descendientes a ascendientes, cada vez resultan más frecuentes²²³, como revela la frecuente atribución de medidas de apoyo la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos del Gobierno de Aragón. Además son muchos reparos los que me plantea el nuevo régimen previsto en los artículos 263 a 267 Cc desde la perspectiva de los principios rectores de la Convención NU 2006, por cuanto se le atribuye la misma eficacia que la nueva curatela, pero sin dotarla de sus mismas garantías²²⁴. Por ello, y no sin muchas dudas, por lo que hace a la Comunidad Autónoma de Aragón, en principio me inclino a mantener su régimen jurídico en los términos en que está formulado en los artículos 156 a 159 CDFa²²⁵.

Así, no alteraría su carácter provisional ni tampoco ampliaría el ámbito de actuación del guardador en los términos en que está formulado en el artículo 159.1 CDFa –circunscrito al cuidado y administración ordinaria–, ello sin perjuicio de que pudiese complementarse con un mandato representativo para aquellos actos que excedan del mismo, particularmente los de carácter dispositivo²²⁶. De igual modo, mantendría la intervención de la Junta de parientes, así el régimen de anulabilidad previsto en el artículo 159.3 CDFa para aquellos actos realizados por el guardador sin su preceptiva

²²² En particular, la Obs. núm. 1 (2014) CDPD incluye, entre las «disposiciones esenciales» que debe contener el nuevo régimen de apoyos, la que sigue: La persona encargada del apoyo deberá disponer de un reconocimiento jurídico accesible, lo que debe incluir mecanismos para que los terceros comprueben su identidad y puedan impugnar su decisión si creen que no está actuando conforme a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. El Comité parece así excluir las figuras de apoyo fáctico, tales como la guarda de hecho, pero no tanto al objeto de garantizar la debida protección de la persona con discapacidad, sino de verificar exclusivamente si la persona que presta apoyo actúa o no conforme a la voluntad y preferencias de la persona que lo necesita.

²²³ Coincido con MAGARIÑOS BLANCO, 2018, pp. 213-214.

²²⁴ Así, aunque el artículo 265 Cc no deja la guarda de hecho al margen del control judicial, éste se configura con carácter facultativo y no obligatorio como en la curatela *ex art. 270 Cc*. Ello sin olvidar que dicha previsión no ha venido acompañada de la necesaria imposición al guardador de hecho de la obligación de poner en conocimiento del Juez. Comparten esta apreciación MAGARIÑOS BLANCO, 2018, p. 214; y PEREÑA VICENTE, 2018, pp. 71 y 78-79.

²²⁵ BAYOD LÓPEZ, 2021a, p. 157, se inclina, sin embargo, por fomentarla, en línea con la solución adoptada por el legislador estatal.

²²⁶ Como sugieren PARRA LUCÁN, 2019, p. 398, y SOLÉ RESINA, 2021, p. 7.

declaración²²⁷. Ahora bien, quizá sería oportuno articular algún tipo de mecanismo dirigido a acreditar su existencia frente a terceros, como es sabido, una de las principales reticencias que plantea esta figura entre los operadores jurídicos²²⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE, José Antonio: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *DPyC*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.
- ALEMANY, Macario: «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación general núm. 1 (2014) del Comité (UN) sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 52, 2018, pp. 201-222.
- «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual», *Práctica de Tribunales*, núm. 145, 2020, pp. 1-17.
- «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en AA. VV., *Principios y preceptos de la reforma de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat (dir.), Madrid, 2021, pp. 21-46.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», *Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266.
- BARIFFI, Francisco José: «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», en AA. VV., *Hacia un derecho de la discapacidad: Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, L. C. Pérez Bueno (dir.), Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 353-390.
- BARREDA HERNÁNDEZ, Armando: «Efectos procesales de la reforma en Aragón», en *Actas de los XXX Encuentros del Foro de Derecho aragonés (2021)*, Zaragoza 2022, pp. 63-96.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen: «El art. 149.3 CE: La supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. Especial referencia a Aragón», *RDC*, vol. V-2, 1999, pp. 116-125.
- «Comentario a los arts. 23 a 29 CDFa» y «Comentario a los arts. 41 a 45 CDFa», en AA. VV., *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado Echeverría (dir.), Bayod López y Serrano García (coords.), Zaragoza, 2015, pp. 134-144 y 150-153, respectivamente.

²²⁷ En vez de autorización judicial, como prevé el 264 Cc, sin, además, prever las consecuencias de los actos realizados por el guardador sin la misma, como advierte NIETO ALONSO, 2022, p. 307.

²²⁸ Como se advierte en las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales*, 2021, p. 8, proponiendo a tal respecto una serie de medios probatorios que, a mi juicio, no resultan del todo suficientes. Más plausible me parece la propuesta de SERRANO GARCÍA, 2004, pp. 240-241 de constatar su existencia mediante un acta de notoriedad o aun en virtud de un decreto del Letrado de Administración de Justicia previa tramitación del oportuno expediente de jurisdicción voluntaria a instancia del propio guardador.

- «Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales», en AA. VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Cerdeira Bravo de Mansilla y García Mayo (dtres.) Madrid, 2021a, pp. 141-163.
- Revisión del capítulo *Las fuentes del Derecho civil aragonés* (autoría original de Delgado Echeverría, en AA. VV., *Manual de Derecho foral aragonés*, Bayod López y Serrano García (coords.), Zaragoza, 2021b, pp. 69-106.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «El régimen de la capacidad jurídica y la discapacidad en el Derecho aragonés», en AA. VV., *Capacidad jurídica y discapacidad II (Derecho foral)*, cuaderno de trabajo núm. 7 2009, pp. 41-55 (URL: <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3420?show=full>).
- «La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés», en AA. VV., *Actas de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2017)*, Zaragoza 2018, pp. 157-168.
- *Reflexiones sobre la Ley 8 2/2021* (conferencia inédita pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Aragón en septiembre 2021).
- «El Notariado ante la reforma: el caso aragonés», en *Actas de los XXX Encuentros del Foro de Derecho aragonés (2021)*, Zaragoza, 2022, pp. 27-61.
- CALAZA LÓPEZ, Silvia: «La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad», *La Ley Derecho de familia*, núm. 31, 2021, pp. 1-26 (versión on line).
- CANIMAS BRUGÉ, Joan: «Decidir por el otro a veces es necesario», en AA. VV., *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. Quaderns de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 39, 2016, pp. 13-31.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad», *Publicaciones jurídicas CESCO*, 2018, pp. 1-5 (URL: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf).
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena: «Comentario al art. 255 Cc», en AA. VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), Madrid, 2022, pp. 259-268.
- CHARLEZ ARÁN, Cristina: *Ruptura del matrimonio con hijos discapacitados. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación: Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 2020, pp. 9-63.
- CORTADA CORTIJO, Neus: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo», *Actualidad civil*, núm. 1, 2022, pp. 1-15 (versión on line).
- CUENCA GÓMEZ, Patricia: «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art.12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español», *Derechos y libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221-257.
- DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Sentencia de Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar mucho las cosas?», *Blog Hay Derecho*, 22 septiembre 2021 (URL: <https://www.hayderecho.com/2021/09/27/sentencia-de-pleno-de-8-de-septiembre-de-2021-sobre-adopcion-de-medidas-de-apoyo-en-aplicacion-de-la-ley-8-2021-van-a-cambiar-mucho-las-cosas/>).

- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad. Estudio comparativo con el modelo italiano», *ADC*, 2013, pp. 1605-1663.
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, Carlos: «Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp. 81-99.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Significado jurídico del término apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018, pp. 1-26.
- «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2227-2268.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad», *DpyC*, núm. 17, 2003, pp. 197-253.
- «Fuentes del Derecho civil de Aragón», en AA. VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, Delgado Echeverría (dir.), Parra Lucán (coord.), 4.^a ed., Zaragoza, 2012, pp. 77-110.
- DIAGO DIAGO, Pilar: «La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas», *Diario la Ley*, núm. 9779, Sección doctrina, 27 enero 2021, pp. 1-22 (versión on line).
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Autocuratela y personas con discapacidad», en AA. VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Cerdeira Bravo de Mansilla y García Mayo (dtres.) Madrid, 2021, pp. 397-415.
- ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada: «Apoyar, no anular», julio 2021 (URL: <https://www.Notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/preparacion-y-modelo-de-escritura-de-medidas-de-apoyo-con-una-persona-que-padece-parkinson/>).
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos: *El sistema universal de derechos humanos: teoría y realidad: Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 2021.
- FONT I SEGURA, Albert: «Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 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», *La Ley Derecho de familia*, núm. 31, pp. 1-22 (versión on line).
- GARCÍA CANO, Tomás: «Autotutela y poderes preventivos», *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2005)*, Zaragoza, 2006, pp. 117-130.
- GARCÍA PONS, Antonio: «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España», *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 59-148.
- GARCÍA RUBIO, M. Paz: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 29-60.
- y TORRES COSTAS, M. Eugenia: «Comentario al art. 249 Cc», en AA. VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), Madrid, 2022, pp. 207-219.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Regina: *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), 2021.

- GETE-ALONSO Y CALERA, M. del Carmen: «El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los derechos de las personas con discapacidad», en AA. VV., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Gete-Alonso y Calera (coord.), Madrid, 2020, pp. 13-38.
- GONZÁLEZ LEÓN, Carmen: «Comentario al art. 271 Cc», en AA. VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), Madrid, 2022, pp. 355-385.
- GRANADOS DE ASENSIO, Diego: «Ideas generales sobre la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Egiunea (Revista del Colegio Notarial del País Vasco)*, núm. 11, 2021 pp. 4-6.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Comentario a los art. 249, 250 y 287 Cc», en AA. VV., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, C. Guilarte Martín-Calero (dtora.), Cizur Menor (Navarra), 2021 (libro electrónico).
- HIJAS CID, Eduardo: «Novedades en la regulación de la curatela», *El Notario del siglo XXI*, núm. 101, 2022 (URL: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10936-novedades-en-la-regulacion-de-la-autocuratela>).
- IGLESIAS ORTUÑO, Emilia y MEDINA RUIZ, Elvira: «Oportunidad de la mediación en la intervención social con personas en situación de discapacidad», *Revista de Mediación*, 2017, vol. 10, núm.1, pp. 1-6.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel: «Comentarios a los arts. 153 a 155 CDFa», en AA. VV., *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado Echeverría (dir.), Bayod López y Serrano García (coords.), Zaragoza, 2015, pp. 302-305.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, García-Ripoll Montijano y Leciñena Ibarra (coords.), Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 131-157.
- LLORENTE SANSEGUNDO, Inmaculada: «La autotutela y los mandatos de protección en el Derecho aragonés», *RDP*, núm. 1, 2010, pp. 27-72.
- LÓPEZ BARBA, Elena: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2020.
- LÓPEZ-MELÚS MARZO, Rafael: «La discapacidad frente al proceso de modificación de la Convención de Nueva York. Planteamientos actuales y de futuro inmediato», *Actas de los XXIX Encuentros del Foro de Derecho aragonés (2019)*, Zaragoza, 2020, pp. 233-271.
- MAGARIÑOS BLANCO, Víctor: «Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 199-225.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en AA. VV., *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas Murillo (coord.), Madrid, 2013, pp. 15-40.
- «La Observación general primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, en AA. VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Cerdeira Bravo de Mansilla y García Mayo (dtras.) Madrid, 2021, pp. 85-112.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier: «El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas», *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, 2016, pp. 9-28.
- MAYOR DEL HOYO, M. Victoria: «El Derecho civil aragonés ante la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad, ¿una adaptación condicionada por la reforma del Ordenamiento jurídico estatal», *Actas de los XXIX Encuentros del Foro de Derecho aragonés (2019)*, Zaragoza, 2020, pp. 191-231.
- MEIER, Philippe: «L'impementation de la Convention des Nations Unies reative aux droits des personnes handicapées dans l'espace juridique européen. Le droit suisse de la protection de l'adulte», en AA. VV., *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dtras.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-86.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: *Contestación al Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación de C. Charlez Arán*, Zaragoza, 2020, pp. 67-71.
- MORO ALMARAZ, M. Jesús: «La tramitación legislativa de la ley 8/2021», *La Ley Derecho de familia*, núm. 31, 2021, pp. 1-12 (versión on line).
- «Comentario a los arts. 256 a 262 Cc», en AA. VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), Madrid, 2022, pp. 269-293.
- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 121-152.
- «Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto», en AA. VV., *Principios y preceptos de la reforma de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, P. Munar Bernat (dir.), Madrid, 2021, pp. 175-196.
- «Comentario al art. 287 CC», en AA. VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), 2022, pp. 433-442.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Problemática actual del defensor judicial: Hacia una nueva concepción de la institución», *RDP*, núm. 5, 2018, pp. 43-72.
- NIETO ALONSO, Antonia: «Comentario al art. 264 Cc», en AA. VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), 2022, pp. 303-309.
- PALACIOS, Agustina: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2008.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York», *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, 2019, pp. 377-410.
- «Capacidad y estado de las personas», en AA. VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, Delgado Echeverría (dir.), Parra Lucán (coord.), 4.^a ed., Zaragoza, 2012, pp. 11-164.
- *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Madrid, 2015.
- PASTOR PALOMAR, Nuria: «Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 11-34.

- PAU, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28.
- PEREÑA VICENTE, Monserrat: «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en AA. VV., *La voluntad de la persona protegida*, Pereña (dtora.), Madrid, 2018a, pp. 119-141.
- «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley», *RDC*, 2018, vol. V, núm. 3. 2018b, pp. 61-83.
- El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil», en AA. VV., *Principios y preceptos de la reforma de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat (dir.), Madrid, 2021, pp. 197-242.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: «La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *DPyC*, núm. 23, 2009, pp. 335-368.
- PORXAS ROIG, M. Ángeles: «Un análisis del impacto en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: La capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *UNED. Revista de Derecho político*, núm. 103, 2018, pp. 355-379.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. Corona: «Las medidas de naturaleza voluntaria», en AA. VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dtras.), Ruiz-Rico Ruiz (coord.), Barcelona, 2022, pp. 243-270.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica», en AA. VV., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Gete-Alonso y Calera (coord.), Madrid, 2020, pp. 63-90.
- «Comentario al art. 260 Cc», en AA. VV., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, C. Guilarte Martín-Calero (dtora.), Cizur Menor (Navarra), 2021 (libro electrónico).
- RUEDA ESTRADA, José Daniel, ZURRO MUÑOZ, José Juan y FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, José Carlos: «El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas», *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2014, pp. 81-118.
- SOLÉ RESINA, Judith: «El internamiento involuntario», en AA. VV., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Gete-Alonso y Calera (coord.), Madrid, 2020, pp. 185-203.
- «Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho», *La Ley Derecho de familia*, núm. 31, 2021, pp. 1-15 (versión on line).
- TORRES COSTAS, M. Eugenia: «Comentario al art. 253 Cc», en AA. VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio y Moro Almaraz (dtras.), Varela Castro (coord.), Madrid, 2022, pp. 251-256.
- URRUTIA BADIOLA, Andrés: «La Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad: Ubicación competencial y líneas de futuro desde el Derecho civil vasco», *Egiunea (Revista del Colegio Notarial del País Vasco)*, núm. 11, 2021, pp. 7-10.
- VALLEJOS, Indiana: *Entre el modelo médico y el modelo social, algunas reflexiones sobre conceptos y prácticas*, conferencia impartida en la Primera Reu-

- nión Anual de la Comisión Interuniversitaria Accesibilidad y Derechos Humanos, 2011 (URL: <http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/modeloMedicoSocial.pdf>).
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Curatela y asistencia», en AA. VV., *Principios y preceptos de la reforma de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat (dir.), Madrid, 2021, pp. 277-302.
- VELARDE LIZAMA, Valentina: «Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico», *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, 2012, pp. 115-136.
- VELASCO RAMÍREZ, Carmen: «Las medidas voluntarias de apoyo de las personas con discapacidad», *Egiunea (Revista del Colegio Notarial del País Vasco)*, núm. 11, 2021, pp. 11-13.
- VELILLA ANTOLÍN, Natalia: «Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del siglo XXI*, núm. 101, 2022 (URL: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>).

DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

- ALÍA TORRES, Avelina: «¿Estamos preparados para hacer frente al reto social que presentan las personas con discapacidad?», *Blog Asociación de Fiscales*, 5 octubre 2018 (URL: <http://asociaciondefiscales.es/index.php/espacio-00/actividades-a-f/noticias/item/275-estamos-preparados-para-hacer-frente-al-reto-social-que-presentan-las-personas-con-discapacidad-por-avelina-alia-robles>).
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES: *Modelo de tutela*, 2012 (URL: <https://fundacionestutelares.org/recursos/modelo-de-tutela/>).
- COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL: *ACTA DE LA SESIÓN DE 6 OCTUBRE 2004 (ACTA 178) Y ACTAS DE LAS SESIONES DE 9 MARZO 2005 A 21 SEPTIEMBRE 2005 (ACTAS 196 A 213)*, inéditas.
- COMISIÓN DE CODIFICACIÓN DE CATALUÑA: *Anteproyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código civil de Cataluña* (URL: http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Normativa/normativa_en_tramit/avllei-modificacio-ccc/).
- *Bases de la reforma del Codi civil de Catalunya en materia de suport a l'exercici de la capacitat jurídica* (URL: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf).
- COMISIÓN DE ÉTICA Y LEGISLACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA: *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*, 2016 (URL: <https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislaciocc81n.pdf>).
- COMITÉ AD HOC DE NACIONES UNIDAS SOBRE UNA CONVENCION INTERNACIONAL AMPLIA E INTEGRAL SOBRE LA PROTECCION Y PROMOCION DE LOS DERECHOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Informes de los periodos de sesiones* (URL: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoc-com.htm>).

- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: *Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2017 (URL: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_final_CDPD.pdf).
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA: *Recomendación CM/Rec (2009) 11, de 9 de diciembre de 2009, sobre los principios relativos a los poderes permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad* (URL: <https://rm.coe.int/16807096b6>).
- COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Observaciones generales* (URL: <http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/>).
- *Observaciones específicas a España 2011 y 2019* (URL: <https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>).
- *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores*, Madrid, 27 y 28 septiembre 2021 (URL: <https://www.icagi.net/es/actualidad/noticia.php?id=3592>).
- CONSEJO DE ESTADO: *Dictamen o sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2019 (URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>).
- CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO: *Circular informativa 2/2021, de 1 de septiembre acerca de la ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (URL: http://notin.net/portal/docs/Circular_CP_CGN_2_2021.pdf).
- *Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre sobre el ejercicio de su capacidad jurídica de las personas con discapacidad* (URL: https://testing.notin.es/wp-content/uploads/2021/10/Circular_3-2021_de_la_CP.pdf).
- EL JUSTICIA DE ARAGÓN: *Sugerencia relativa a actuaciones normativas en materia de capacidad y relaciones tutelares en Derecho aragonés* dirigida al Vicepresidente del Gobierno de Aragón en julio de 2021 (URL: <https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/resoluciones/Q21-1110-1-1.pdf>).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Instrucción núm. 1/2022, de 19 de enero, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad* (URL: <https://www.fiscal.es/-/la-fiscal%C3%ADa-general-del-estado-dicta-una-instrucci%C3%B3n-para-la-protecci%C3%B3n-de-las-personas-mayores-y/o-con-discapacidad-respecto-del-uso-de-medidas-de-contenci%C3%B3n>).
- GIL GALINDO, Marta: «La derogación de la incapacitación legal», *Forum de Entidades aragonesas de salud mental*, 3 noviembre 2021 (URL: <https://www.fadesaludmental.es/de-interes/232-la-derogacion-de-la-incapacitacion-legal.html>).
- GERMÁN URDIOLA, M. Jesús y FERNÁNDEZ IGLESIAS, José: *Novedades de la Ley 8/2021 para personas con problemas de salud mental. Guía en 100 preguntas para trabajadores, familias y usuarios*, Zaragoza, 2021 (URL: <https://www.fadesaludmental.es/biblioteca/223-novedades-de-la-ley-8-2021-para-personas-con-problemas-de-salud-mental.html>).
- LIZARRAGA LARA, MIKEL et al.: *Informe sobre la adaptación de la legislación foral de Navarra a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Lizarraga Lara (coord.), Madrid, 2021 (URL: <https://cermin.org/wp-content/uploads/2021/07/Informe-sobre-adaptacio%CC%81n-legislacion-foral-Navarra-convencion-ONU-1.pdf>).

- MINISTERIO DE JUSTICIA: *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2018 (URL: <https://ficheros.mjusticia.gob.es/MAIN%20APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf>).
- PLENA INCLUSIÓN: *Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*, 2018 (URL: <https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscar/acceso-a-la-justicia-ajustes-de-procedimiento-para-personas-con-discapacidad-intelectual-o-del-desarrollo/>).
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Memoria del texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona, Título III: de las relaciones tutelares*, Zaragoza, 2004 (inédita).
- UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS): *GUÍA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD*, 2020 (URL: <https://www.notariado.org/portal/-/gu%C3%ADa-de-buenas-pr%C3%A1cticas-para-personas-con-discapacidad-del-notariado-mundial-1>).

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional

1. STC 88/1993, de 12 marzo (BOE núm. 90 de 15 de abril de 1993).
2. STC 70/2002, de 3 abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2002).
3. STC 296/2005, de 21 noviembre (BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2005).
4. STC 116/2006, de 24 abril (BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006).
5. STC 31/2010, de 28 de junio (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010).
6. STC 82/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131 de 31 de mayo de 2016).
7. STC 110/2016, de 9 de junio (BOE núm. 170 de 15 de julio de 2016).
8. STC 192/2016, de 16 de noviembre (BOE núm. 311 de 26 de diciembre de 2016).
9. STC 95/2017, de 6 junio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2017).
10. STC 133/2017, de 16 noviembre (BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017).
11. STC 40/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2018).

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

13. STC 23/2020, de 13 de febrero (BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2020).

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

15. STC 184/2021 de 28 octubre (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021).

Tribunal Supremo

1. STS de 17 enero 2003 (CENDOJ, Roj STS STS 127/2003).

2. STS de 17 mayo 2004 (CENDOJ, Roj STS 3328/2004).

3. STS de 29 abril 2009 (CENDOJ, Roj STS 2362/2009).

4. STS de 5 junio 2012 (CENDOJ, Roj STS 3800/2012).

5. STS de 11 octubre 2012 (CENDOJ, Roj STS 6810/2012).

6. STS de 24 junio 2013 (CENDOJ, Roj STS 3441/2013).

7. STS de 30 junio 2014 (CENDOJ, Roj STS 3852/2014).

8. STS de 1 julio 2014 (CENDOJ, Roj STS 3168/2014).

9. STS de 20 octubre 2014 (CENDOJ, Roj STS 4075/2014).

10. STS de 27 noviembre 2014 (CENDOJ Roj STS 4767/2014).

11. STS de 13 mayo 2015 (CENDOJ, Roj STS 1945/2015).

12. STS de 20 octubre 2015 (CENDOJ, Roj STS 4283/2015).

13. STS de 3 junio 2016 (CENDOJ, Roj STS 2573/2016).

14. STS de 30 junio 2016 (CENDOJ, Roj STS 2995/2016).

15. STS de 16 mayo 2017 (CENDOJ, Roj STS 1901/2017).

16. STS de 11 octubre 2017 (CENDOJ, Roj STS 3535/2017).

17. STS de 7 marzo 2018 (CENDOJ, Roj STS 732/2018).

18. STS de 18 julio 2018 (CENDOJ, Roj STS 2805/2018).

19. STS de 19 febrero 2020 (CENDOJ, Roj STS 494/2020).

20. STS de 3 diciembre 2020 (CENDOJ, Roj STS 4050/2020).

21. STS de 6 mayo 2021 (CENDOJ, Roj STS 1894/2021).

22. STS de 8 septiembre 2021 (CENDOJ, Roj STS 3276/2021).

Tribunal Superior de Justicia de Aragón

1. STSJ Aragón de 20 abril 2017 (CENDOJ Roj STSJ AR STSJ AR 331/2017).

2. STSJ Aragón de 14 enero 2019 (CENDOJ Roj STSJ AR 1/2019).

3. STSJ de Aragón de 28 abril 2021 (CENDOJ Roj STSJ A 413/2021).

4. STSJ Aragón de 1 julio 2021 (CENDOJ Roj STSJ AR 533/2021).

Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón

1. AAP Zaragoza núm. 413 de 9 julio 2007 (CENDOJ, Roj AAP Z 1586/2007).

2. AAP Zaragoza núm. 680 de 27 diciembre 2011 (CENDOJ Roj AAP Z 2541/2011).

3. AAP Zaragoza núm. 433 de 20 junio 2017 (CENDOJ Roj AAP Z 2879/2017).

4. SAP Huesca núm. 21 de 31 enero 2008 (CENDOJ, Roj SAP HU 36/2008).

5. SAP Teruel núm. 159 de 18 noviembre 2008 (CENDOJ, Roj SAP TE 220/2008).

6. SAP Zaragoza núm. 673 de 1 diciembre 2009 (CENDOJ, Roj SAP Z 3156/2009).

7. SAP Zaragoza núm. 217 de 8 abril 2010 (CENDOJ, Roj SAP Z 366/2010).

8. SAP Zaragoza núm. 296 de 11 mayo 2010 (CENDOJ, Roj SAP Z 937/2010).

9. SAP Zaragoza núm. 484 de 20 julio 2010 (CENDOJ, Roj SAP Z 1106/2010).

10. SAP Huesca núm. 177 de 30 julio 2010 (CENDOJ, Roj SAP HU 202/2010).

11. SAP Huesca núm. 186 de 3 septiembre 2010 (CENDOJ, Roj SAP HU 161/2010).

12. SAP Huesca núm. 20 octubre 2010 (CENDOJ, Roj SAP HU 359/2010).

13. SAP Huesca núm. 87 de 31 marzo 2011 (CENDOJ, Roj SAP HU 117/2011).

14. SAP Zaragoza núm. 384 de 5 julio 2011 (CENDOJ, Roj SAP Z 1861/2011).

15. SAP Zaragoza núm. 76 de 21 febrero 2012 (CENDOJ, Roj SAP Z 378/2012).

16. SAP Zaragoza núm. 135 de 13 marzo 2012 (CENDOJ, Roj SAP Z 703/2012).

17. SAP Zaragoza núm. 493 de 28 septiembre 2012 (CENDOJ, Roj SAP Z 2237/2012).

18. SAP Zaragoza núm. 122 de 6 marzo 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z SAP Z 88/2013).
19. SAP Zaragoza núm. 160 de 19 marzo 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 116/2013).
20. SAP de Zaragoza núm. 306 de 11 junio 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 1344/2013).
21. SAP Teruel núm. 41 de 10 junio 2014 (CENDOJ, Roj SAP TE 94/2014).
22. SAP Huesca núm. 233 de 30 diciembre 2014 (CENDOJ, Roj SAP HU 399/2014).
23. SAP Teruel núm. 9 de 24 marzo 2015 (CENDOJ Roj SAP TE 36/2015).
24. SAP Huesca núm. 54 de 15 abril 2015 (CENDOJ, Roj SAP HU 100/2015).
25. SAP Teruel núm. 14 de 29 abril 2015 (CENDOJ, Roj SAP TE 60/2015).
26. SAP Zaragoza núm. 230 de 12 mayo 2015 (CENDOJ, Roj SAP Z 2630/2015).
27. SAP Zaragoza núm. 645 de 22 diciembre 2015 (CENDOJ, Roj SAP Z 2522/2015).
28. SAP Zaragoza núm. 73 de 16 febrero 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 109/2016).
29. SAP Zaragoza núm. 281 de 17 mayo 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 849/2016).
30. SAP Zaragoza núm. 389 de 21 junio 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 864/2016).
31. SAP Zaragoza núm. 706 de 11 noviembre 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 1851/2016).
32. SAP Huesca núm. 169 de 23 noviembre 2016 (CENDOJ, Roj SAP HU 208/2016).
33. SAP Zaragoza núm. 740 de 29 noviembre 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 2657/2016).
34. SAP Zaragoza núm. 234 de 28 marzo 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 658/2017).
35. SAP Zaragoza núm. 659 de 10 octubre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2081/2017).
36. SAP Zaragoza núm. 665 de 10 octubre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2144/2017).
37. SAP Zaragoza núm. 718 de 7 noviembre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2435/2017).
38. SAP Zaragoza núm. 13 de 16 enero 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 182/2018).

39. SAP Zaragoza núm. 141 de 13 marzo 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 559/2018).
40. SAP Zaragoza núm. 158 de 20 marzo 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 661/2018).
41. SAP Zaragoza núm. 208 de 17 abril 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 939/2018).
42. SAP Zaragoza núm. 299 de 21 mayo 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 1202/2018).
43. SAP Zaragoza núm. 374 de 19 junio 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 374/2018).
44. SAP Zaragoza núm. 435 de 18 julio 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 1933/2018).
45. SAP Huesca núm. 104 de 19 septiembre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 207/2018).
46. SAP Huesca núm. 112 de 11 octubre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 184/2018).
47. SAP Zaragoza núm. 504 de 9 noviembre 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 2139/2018).
48. SAP Zaragoza núm. 73 de 14 de marzo 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 1054/2019).
49. SAP Zaragoza núm. 184 de 17 mayo 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 935/2019).
50. SAP Zaragoza núm. 313 de 26 septiembre 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 2059/2019).
51. SAP Zaragoza núm. 365 de 4 noviembre 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 2482/2019).
52. SAP Teruel núm. 249 de 26 noviembre 2019 (CENDOJ Roj SAP TE 268/2019).
53. SAP de Zaragoza núm. 404 de 27 noviembre 2019 (ROJ SAP Z 2494/2019).
54. SAP Zaragoza núm. 22 de 22 enero 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 132/2020).
55. SAP Zaragoza núm. 88 de 9 marzo 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 968/2020).
56. SAP Zaragoza núm. 74 de 24 febrero 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 620/2020).
57. SAP de Zaragoza núm. 208 de 13 julio 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 1238/2020).
58. SAP Zaragoza núm. 249 de 23 septiembre 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 1420/2020).
59. SAP Zaragoza núm. 344 de 25 noviembre 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 2225/2020).

60. SAP Zaragoza núm. 14 de 18 enero de 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 354/2021).
61. SAP Zaragoza núm. 42 de 3 febrero 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 414/2021).
62. SAP Zaragoza núm. 57 de 15 febrero 2021 (CENDOJ Roj SAP Z 710/2021).
63. SAP Zaragoza núm. 250 de 28 junio 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 1487/2021).
64. SAP Zaragoza núm. 276 de 9 julio 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 1837/2021).
65. SAP Zaragoza núm. 290 de 20 julio 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 1839/2021).
66. SAP Zaragoza núm. 404 de 15 noviembre 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 2327/2021).

Juzgados de Primera Instancia con sede en Aragón

1. SJPII núm. 1 de Fraga de 12 diciembre 2007.
2. SJPII núm. 2 de Alcañiz de 6 marzo 2008.
3. SJPII núm. 1 de Barbastro de 7 diciembre 2010.
4. SJPII núm. 1 de Barbastro de 4 noviembre 2014.
5. SJPI núm. 13 de Zaragoza de 22 noviembre 2016.
6. SJPII núm. 2 de Monzón de 16 julio 2019.
7. SJPII núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 1 diciembre 2020.
8. SJPI núm. 1 de Huesca de 27 noviembre 2017.
9. SJPI núm. 13 de Zaragoza de 2 diciembre 2020.
10. SJPI núm. 22 de Zaragoza de 17 mayo 2021.
11. SPJI núm. 13 de Zaragoza de 2 junio 2021.
12. SPJI núm. 13 de Zaragoza de 14 diciembre 2021.

Ejecución de la hipoteca y arrendamiento para uso distinto al de vivienda: una explicación real

PEDRO DEL OLMO GARCÍA*
Profesor titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En este trabajo se aborda el problema de las relaciones entre, por un lado, el arrendamiento urbano para uso distinto al de vivienda regulado en la LAU 1994 y, por otro lado, la ejecución de la hipoteca sobre la finca posteriormente arrendada; y se hace asumiendo el correcto planteamiento de la STS 783/2021 de 15 de noviembre que lleva a resolver ese problema con la aplicación de las reglas del Código Civil. Pero, frente a la solución que aplica el TS basada en la regulación del contrato de arrendamiento del Código Civil (la regla de venta quita renta del art. 1571 CC), propongo aquí recuperar una solución que arranca del estudio de las reglas generales de la hipoteca (art. 1876 CC). Es cierto que, en todo caso y por haber desaparecido de la LAU 1994 cualquier tipo de protección para el arrendamiento para uso distinto del de vivienda en casos de ejecución, dicho arrendamiento va a ser profundamente alterado por la ejecución de una hipoteca anteriormente constituida sobre la misma finca, pero la explicación basada en el funcionamiento de la hipoteca ofrece una solución mucho más ajustada a la realidad normativa que la explicación alternativa de recurrir a la aplicación del artículo 1571 CC.

PALABRAS CLAVE

Contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda, ejecución de la hipoteca, hipoteca, ley especial, usufructo, venta, venta forzosa.

* En este trabajo he tenido la oportunidad de disfrutar de la ayuda de los profesores J. M. Miquel y A. Domínguez Luelmo, a quienes doy abiertamente las gracias. También quedo muy agradecido a los comentarios y correcciones sugeridos en las revisiones anónimas de ADC. Cualquier error que pueda quedar en el texto es únicamente responsabilidad mía.

Mortgage, foreclosure and lease on property not to be used for residential purposes: A real explanation

ABSTRACT

In the urban leases act (LAU in its Spanish acronym), there is not a clear answer to the question of what happens when a mortgage is foreclosed and the property had been rented to be used not for residential purposes. Departing from the precise analysis of a Supreme Court decision of 15 November 2021, here it is assumed that the question is to be answered following the rules in the Civil Code. But instead of applying the Civil Code's rules on the lease contract (art. 1571), which is the approach adopted by the Supreme Court, here it is suggested that it is preferable to apply the Civil Code's rules on mortgages (art. 1876). It is true that both sets of rules determine that the lease will be profoundly affected by the mortgage foreclosure, as the leases gives rise to a right in personam that the new owner can ignore once that LAU does not anymore protect the said right against foreclosure, but the solution based on the mortgage concept is a better solution because the rights in rem approach to the problem shows the real dimension of it.

KEY WORDS

Lease Contract Not for Residential Uses, Foreclosure, General Rules vs. Special Rules, Mortgage.

SUMARIO: I. Introducción.–II. El análisis del TS, en un mundo al revés.–III. La equiparación entre la venta y la venta en subasta de ejecución de la hipoteca... algo no termina de encajar.–IV. La solución real a estas cuestiones: el art. 1876 CC como punto de partida.–1. El funcionamiento básico de la hipoteca. 2. Los efectos generales de la ejecución hipotecaria. 3. La venta frente a la venta en pública subasta. 4. Una cierta analogía entre la posición como arrendadores del usufructuario y del hipotecante.–V. Conclusiones.–Bibliografía.–Índice de jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

Al menos desde 1931, se discute en la doctrina y en la jurisprudencia sobre las relaciones entre los arrendamientos sometidos a la legislación especial de arrendamientos urbanos y algunos supues-

tos de lo que la ley llama ahora «resolución» del derecho del arrendador. En un primer momento, la discusión se centraba en saber qué sucede con el arrendamiento urbano concertado con el usufructuario cuando se extingue el derecho del arrendador por consolidación¹. Más tarde la polémica se extiende y se discute sobre los casos en que se ejecuta la hipoteca existente sobre la finca arrendada². En torno a estas cuestiones se ha descrito la existencia de una especie de diálogo entre la doctrina y la jurisprudencia, por un lado, y el legislador de arrendamientos urbanos, por otro, que desde luego es la impresión que uno saca cuando lee sobre estos temas³. En términos generales, se puede decir que una parte de la doctrina y la jurisprudencia discuten el alcance protector de la legislación especial, señalando sus limitaciones desde el punto de vista de las reglas generales, mientras que el legislador se dedica a ir cerrando –en las sucesivas versiones de la legislación sobre arrendamientos urbanos– los boquetes que los autores y los jueces han ido localizando en los distintos regímenes especiales de protección de los arrendatarios urbanos que se han sucedido en el tiempo⁴. Esta situación hace también que los análisis de los autores y los jueces estén siempre girando, a veces sin decirlo, en torno a cuestiones metodológicas sobre las relaciones entre la ley general y la ley especial⁵.

¹ GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) p. 1196, para el diagnóstico. Este autor ha sido muy influyente en la doctrina –desde Amorós y J. M. Miquel a Carrasco, Estrada Alonso y Sabater Bayle– y sus opiniones y argumentos para explicar las reglas generales del sistema van a estar también muy presentes aquí. Esto irá quedando patente en el resto de mi trabajo, pero por el momento se puede citar, por todos, SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 580, para confirmar el diagnóstico.

² ROJO AJURIA (1995), p. 185, para el diagnóstico de la situación doctrinal, que se puede actualizar con la abundante información bibliográfica proporcionada por MARÍN LÓPEZ/COLÁS ESCANDÓN (2013), p. 11.

³ Comparto esta impresión con SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), pp. 604-606, que se ha tomado el trabajo de describirla.

⁴ Arrancando de una conocida Ley de 8 de abril de 1846, hay información exhaustiva sobre las distintas legislaciones sobre arrendamientos urbanos en SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 603 n 109.

⁵ La importancia de esas relaciones ley general-ley especial se puede apreciar en todas las construcciones doctrinales. La que me parece más correcta es la manera estricta de entender estas relaciones, según la cual, si no hay regla especial, hay que ir a la ley general. Esta idea está en MIQUEL (2018), p. 8 (entre otras), DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 223. La postura de quien, aún con el conocimiento de las reglas generales, acepta su interpretación más amplia y se somete a la ley especial para respetar los «propósitos» del legislador está en AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), pp. 1033 y 1034 y SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 569 (entre otras muchas). También GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) pp. 1209-1210 se somete a lo que diga el legislador, pero diciendo –quizá con un toque de desprecio– que «Se ha estudiado la cuestión desde un punto de vista técnico de derecho constituido. Sobre si es posible alterar la solución sin caer en contradicción con las bases sobre las que descansa el ordenamiento jurídico o de si, sin modificar tales bases, es posible atemperar las consecuencias que estimamos correctas, *es problema de carácter legislativo que no nos incumbe*» (cursivas añadidas). Este autor escribe en 1955, pero quizá hoy –tras la aprobación de la Constitución de 1978– el problema que plantea desde luego

En la LAU 1994, cambia de manera sustancial el planteamiento de los problemas que aquí interesan, cuando se distingue expresamente entre lo que ocurre con la «resolución» del derecho del arrendador (consolidación del usufructo; ejecución de la hipoteca, etc.) sobre «viviendas» arrendadas (art. 13) y lo que ocurre cuando se «enajena» la «vivienda» arrendada (art. 14). Es una distinción de los casos relevantes que siempre había estado clara en el Código Civil (completado con la LH y ahora la LEC), que había estado algo más clara en las distintas regulaciones de arrendamientos rústicos, pero que sólo a partir de 1994 se refleja claramente en la LAU⁶. Sin embargo, hay una «falta de simetría» por lo que respecta a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda (UDV, en lo sucesivo)⁷. Mientras que sí hay tratamiento legal para los casos en que se «enajena» la finca arrendada para UDV (art. 29 LAU), no se regula claramente el caso de la «resolución» del derecho del arrendador en el que se vendría a integrar el caso de la ejecución de una hipoteca sobre esos arrendamientos. Por ello, y creo que arrastrando visiones de la polémica que deberían haber quedado atrás por la desaparición de la prórroga forzosa de la LAU 1964, el antiguo debate se ha reproducido en la doctrina que trabaja ya con la LAU 1994 y, para algún autor, como si nada hubiera cambiado⁸. Recientemente, la STS 783/2021 de 15 de noviembre de 2021 ha venido a ofrecer un planteamiento claro de estos casos, lo cual es muy buena noticia.

Según esa STS 783/2021, la solución de los casos de ejecución de la hipoteca sobre finca arrendada para UDV hay que encontrarla en las reglas generales del Derecho civil, siguiendo la remisión en

que nos incumbe. También se puede apreciar esa tensión ley general y ley especial en otros muchos autores como AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1027; SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 569; GARCÍA GARCÍA *RCDI* (1991), pp. 2234-2235, LASARTE ÁLVAREZ (1992), p. 14. Se puede observar también que, curiosamente, la LAU trató de cerrar esta posibilidad, ordenando colmar sus posibles lagunas con una aplicación analógica de la propia LAU, rizando el rizo de la aplicación analógica de una ley especial. Lo señala LASARTE ÁLVAREZ (1992), p. 16, frente a la postura que me parece más correcta defendida, por ejemplo, en SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 614

⁶ Creo muy interesante el planteamiento en términos algo más amplios de la cuestión que se puede leer en DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 12. Por otro lado, hay información sobre la LAR 1935, en GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955), p. 1189. Sobre posteriores versiones de la LAR, AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 2244; ESTRADA ALONSO *RCDI* (1989), p. 426 y M. J. PÉREZ GARCÍA (2005), p. 284.

⁷ Tomo esa expresión de «falta de simetría» de MIQUEL (2018), p. 2.

⁸ PUJOL CAPILLA *RDCI* (1993), p. 395 para el diagnóstico de la polémica doctrinal anterior y MARÍN LÓPEZ/COLÁS ESCANDÓN (2013), p. 11, para el diagnóstico ya bajo la LAU 1994. Bajo la LAU 1994, LASARTE ÁLVAREZ (1992), pp. 14-16 o DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 223, entre otros muchos, defienden que la hipoteca prevalece. En la versión LAU 2013 –bajo la que las cosas se planteaban de manera distinta– también MIQUEL (2018), p. 6 y p. 11, con toda claridad. En cambio, para JIMÉNEZ PARÍS *RCDI* (2015), p. 1652, la solución del caso sería aplicar el art. 29 LAU (enajenación) a la ejecución de la hipoteca.

ese sentido que hace el artículo 4.3 LAU a ese cuerpo legal. Por ello, como desaparece la protección de la LAU para estos casos de ejecución de hipoteca, el arrendamiento para UDV ya no va a ser oponible al adjudicatario (cfr. art. 1549 CC). Se vuelve así, a las reglas generales del sistema en las que los derechos personales no son en principio oponibles más que a quien está vinculado por la obligación de que se trate. Sin embargo, según el TS, esa solución se articula mediante la aplicación del art. 1571 CC, lo que le lleva a considerar que el adjudicatario en pública subasta tendrá la «facultad» de dar por terminado el arrendamiento en los términos que derivan de tal precepto. Es decir, que el contrato en principio continúa, pero que el adquirente puede optar por su terminación⁹. Si se suele resumir la norma contenida en el artículo 1571 CC con la fórmula «venta quita renta», podríamos decir que esta STS 783/2021 viene a decir ahora que «venta-en-pública-subasta quita renta».

A primera vista, la regla de la no oponibilidad del arrendamiento para UDV al adjudicatario en pública subasta parece correcta en estos casos de resolución del derecho del arrendador, pero no se puede negar que suena extraño que, si la razón para la desaparición del arrendamiento se articula mediante un mecanismo previsto en el CC para los casos de venta de la finca arrendada, esa solución pueda ser distinta a la del artículo 29 LAU 1994 para los casos normales de «enajenación» de la finca arrendada para UDV. En realidad, lo que creo que falla en la construcción del TS, es la identificación correcta de la norma de partida en el Código Civil.

En mi opinión, el análisis que lleva al TS a la aplicación de las reglas generales del Derecho civil es básicamente correcto y confirma el planteamiento de estas cuestiones adelantado ya por la mejor doctrina (J. M. Miquel)¹⁰. Sin embargo, creo que el TS se equivoca al elegir las reglas generales aplicables al caso. Mientras que la solución que el TS encuentra en el Derecho general consiste en aplicar el artículo 1571 CC, relativo a los arrendamientos, creo que lo correcto sería poner el punto de partida en el artículo 1876 CC, relativo a la hipoteca, lo que permite entender que la no vinculación del adjudicatario al arrendamiento ocurre automáticamente por la ejecución de esa hipoteca. Dicho con otras palabras, frente a la solución «personal» que ofrece esta STS 783/2021 sobre las reglas del contrato de arrendamiento (art. 1571 CC), creo que es

⁹ Tal como explica MORALES MORENO (1998), pp. 17-18. Se puede ver también LUCAS FERNÁNDEZ (1992), p. 1; BENAVENTE MOREDA (1998), p. 57

¹⁰ Por mi lado, había asumido ya ese análisis en DEL OLMO (2022), donde también formulé algunos comentarios básicos a la citada STS 783/2021 de 15 de noviembre de 2021 basados en la idea de la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito, materia que –por ello– no he tratado en este trabajo.

claramente preferible la solución *real* que se desprende del artículo 1876 CC, contenido en la regulación de la hipoteca. En las páginas que siguen me propongo explicar –o recordar– por qué.

Así, empezaré exponiendo el correcto planteamiento que lleva al TS a concluir que hay que aplicar las reglas del Derecho civil general al caso de la ejecución de la hipoteca constituida con anterioridad al arrendamiento UDV sobre esa finca hipotecada, lo que abre la puerta a que ese arrendamiento se vea sustancialmente alterado por dicha ejecución. Luego señalaré algunos puntos de ese análisis que me parecen más débiles y que acusan ya la, en mi opinión, errónea equiparación entre venta y venta en pública subasta de la que parte esta STS sin decirlo abiertamente. Esa equiparación, que había sido muy ampliamente compartida por la doctrina bajo la LAU 1964 como manera de extender al máximo el alcance de la prórroga forzosa contenida en esa ley, es falsa si las cosas se ven correctamente desde el punto de vista de las reglas generales del Derecho civil y de la actual regulación de la LEC sobre estos casos, sin resignarse a seguir una visión de las cosas que pudo estar justificada en 1964 pero que ya no se puede mantener con la LAU 1994. Lo intentaré demostrar en un tercer epígrafe, recogiendo ideas y planteamientos que estaban presentes en la doctrina de los años 1950-1960 y que han seguido vivas en los autores más atentos a estas cuestiones (aquí A. M. Morales Moreno viene a añadirse a J. M. Miquel)¹¹.

II. EL ANÁLISIS DEL TS, EN UN MUNDO AL REVÉS

El caso concreto decidido en la mencionada STS 783/2021 es algo atípico, por lo que quizá sea preferible empezar con una descripción más teórica del análisis que se hace en esa STS. Veremos que el TS ofrece en apretada síntesis todos los datos necesarios para un planteamiento riguroso que le permite llegar a la aplicación del Derecho civil general al caso debatido. Sin embargo, creo que el TS también da por supuestas algunas certezas que acepta apodícticamente y termina alcanzando una solución que sirve para solucionar el caso concreto que tiene entre manos y que supone un

¹¹ Aunque sea a pie de página, quiero advertir que apenas se recogerán en este trabajo las propuestas de los autores que estudiaban estas cuestiones bajo la LAU 1964 y que argumentaban –muchas veces costosamente y hasta contra su voluntad o su gusto– para hacer que cualquier supuesto de adquisición de la cosa por un tercero llevara a la prórroga forzosa. En el asunto que aquí interesa de las relaciones de la ejecución de la hipoteca y el arrendamiento para UDV, no creo que merezca la pena recoger esos esfuerzos, cuando la solución legal apunta ahora a otras soluciones en los arrendamientos UDV.

avance en la medida en que se justifica la desaparición del arrendamiento, pero que es difícilmente generalizable. Veámoslo.

Los pasos del análisis del TS son:

1. El TS centra la cuestión diciendo que todo consiste en saber «si la enajenación forzosa de un local de negocios arrendado, derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria, determina la extinción del arrendamiento o, por el contrario, su subsistencia y la subrogación del adjudicatario en la posición del arrendador» (FD 3-1). Como luego se verá, centrarse en el momento de la enajenación forzosa supone seguramente una toma de partido favorable a la equiparación entre venta y venta forzosa.

2. Explica el FD 3.2 la evolución de las respuestas jurisprudenciales sobre este problema¹². El relato no distingue el régimen de vivienda y el régimen de local de negocio y es lógico que así sea porque, en la legislación sobre arrendamientos urbanos de las primeras épocas, el legislador proporcionaba un régimen igualmente tuitivo –por lo que aquí importa– para ambos tipos de arrendamiento. Sin embargo, lo cierto es que la complejidad de los planteamientos y soluciones en ese campo empieza a dejar perplejo al lector, especialmente cuando se acaba comprobando que esas líneas jurisprudenciales realmente no pueden ser relevantes para la aplicación de la LAU 1994.

3. En efecto, advierte el TS en el FD 2.2 que la cosa cambia radicalmente en la LAU 1994 porque en ese texto se prevé especialmente el caso de la ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada en su artículo 13 como un supuesto distinto al de la enajenación de la vivienda recogido en su artículo 14.

4. En el FD 4 la STS inicia el análisis propiamente dicho, señalando que el punto de partida está, por un lado, en la mencionada necesidad de diferenciar las soluciones previstas en la LAU 1994 para arrendamientos de vivienda respecto de las previs-

¹² El diagnóstico de la situación jurisprudencial como contradictoria términos está en muchos autores, véase, por ejemplo, ROJO AJURIA (1995), p. 192 o ACHÓN BRUÑÉN *RCDI* (2004), p. 19, con cita de diversas sentencias a favor de la extinción del arrendamiento, como las SSTS de 5 de febrero de 1945 (RJ 502), 22 de diciembre de 1945 (RJ 1305), 22 de mayo de 1963 (RJ 3587), 31 de octubre de 1986 (RJ 6022), 23 de diciembre de 1988 (RJ 9814) y 17 de noviembre de 1989 (RJ 7890). En otras SSTS, por el contrario, se declarara subsistente el arrendamiento posterior a la hipoteca, como en SSTS 19 de febrero de 1968 (RJ 1153), 9 de junio de 1990 (RJ 4749), 23 de febrero de 1991 (RJ 1591), 6 de mayo de 1991 (RJ 3566), 23 de junio de 1992 (RJ 45658), 20 de abril de 1995 (RJ 3485), 9 de mayo de 1996 (RJ 3784) y 14 de junio de 1997 (RJ 4658). Hay también exhaustivas citas jurisprudenciales en MIQUEL (2018), p. 28 (quien hace un pormenorizado análisis y recoge también las soluciones aportadas por la DGRN), ACHÓN BRUÑÉN *RCDI* (2004), p. 19. Contamos también con el trabajo de R. PÉREZ GURREA, «Análisis jurisprudencial de los efectos que produce la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *RCDI*, 2006.

tas para arrendamientos para UDV y, por otro lado, en el hecho de que en el régimen de vivienda se distingue el supuesto de «enajenación» de la vivienda arrendada del supuesto de «resolución» del derecho del arrendador (en el que se incluye el supuesto de la ejecución de la hipoteca), mientras que tal distinción no se maneja en los arrendamientos para UDV.

5. Ante esa situación, el FD 4.4 explica que el régimen de la ejecución de la hipoteca sobre la finca arrendada para UDV no se puede encontrar en el artículo 13 LAU 1994 –que regula la «resolución» del derecho del arrendador de vivienda– porque el carácter tuitivo de la LAU 1994 se limita básicamente a los arrendamientos de vivienda, por mucho que –en mi opinión– todavía quede un resto de afán tuitivo en el artículo 29 LAU¹³. Aplicar el artículo 13 LAU 1994 había sido la elección de la SJPI que inicia el tratamiento procesal de este conflicto que viene a resolver la STS que comentamos. En la doctrina reciente, algunos autores defendían la misma solución¹⁴.

6. Tampoco cree el TS (FD 4.5) que la solución para el problema planteado se pueda encontrar en el artículo 29 LAU (relativo al supuesto de *enajenación* de cosa dada en arrendamiento para UDV), por considerar que esa manera de entender las cosas

«...prescinde del hecho de que los supuestos de enajenación voluntaria y los de enajenación forzosa, a estos efectos, están claramente diferenciados en la propia LAU, que cuando ha querido referirse a los casos de resolución del derecho del arrendador por enajenación forzosa en virtud de ejecuciones hipotecarias o de sentencias judiciales, lo ha hecho expresamente, con un trato diferenciado de las enajenaciones voluntarias. Así sucede en el caso de los arts. 13 y 14, pero sólo respecto de los arrendamientos de viviendas. La diferencia esencial entre ambos supuestos estriba en que en los casos de enajenaciones voluntarias interviene activamente la voluntad de arrendador en la pérdida de su derecho al consentir el negocio traslativo, frente a los supuestos de pérdida o resolución del derecho del arrendador por causas ajenas a su voluntad, que son consecuencia de la activación de otros derechos de terceros (retractos, opciones de compra, sustituciones fideicomisarias y, en lo que ahora interesa, la realización forzosa derivada de ejecuciones, hipotecarias o de sentencias)».

¹³ DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 217, MIQUEL (2018), p. 6 y AZOFRA/MALKI RCDI (2005), p. 9 ya habían mantenido esta posición que niega la aplicabilidad del art. 13 a los casos de arrendamientos UDV.

¹⁴ Como es el caso de MIQUEL (2018) y MARÍN LÓPEZ/COLÁS ESCANDÓN (2013), pero escribiendo bajo la LAU 2013 que –por azares del destino y de una mala técnica legislativa– venía a recoger la solución del Derecho civil «general» en el reformado artículo 13 de esa ley «especial». En lo que aquí importa, el legislador de la LAU 2019 volvió a las soluciones de la LAU 1994 para estos casos.

En realidad, más abajo lo veremos, no es la fuerza de obligar de los contratos lo que está en juego en esa diferencia que hace la LAU en este punto, como podría pensarse en una primera lectura de estos párrafos de la STS, sino el respeto a la autonomía privada entendida como poder de disposición sobre la propia esfera¹⁵.

7. Según dice el FD 4.7, la anterior solución de aplicar el artículo 29 LAU a la ejecución de la hipoteca sobre finca arrendada para UDV –que había sido la acogida por la SAP en la instancia y también había sido defendida en la doctrina– tampoco resulta convincente, porque supondría dar una mayor protección al adjudicatario de subasta de ejecución sobre finca arrendada para UDV que el que la LAU 1994 prevé para el adjudicatario de vivienda hipotecada en el artículo 13, lo que sería contradictorio con el afán de proteger especialmente al arrendamiento de vivienda¹⁶. En la doctrina, se había añadido a esto el argumento de que sería absurdo replicar aquí la solución del artículo 29 LAU, que ordena la subrogación del adquirente a menos de que reúna los requisitos del artículo 34 LH, porque el adjudicatario en pública subasta siempre conoce el estado posesorio de la finca en virtud de lo dispuesto en los artículos 660 y 675 LEC sobre el anuncio de subasta; es decir, el adjudicatario siempre sería de «mala fe», lo que desvela la imposibilidad de aplicar el artículo 29 LAU en estos casos¹⁷. Otros autores, insistiendo en la publicidad posesoria del arrendamiento, abundan en este sentido¹⁸.

8. Como hasta aquí el análisis del TS ha demostrado que no se puede aplicar el artículo 29 LAU al supuesto en cuestión y, por

¹⁵ Se puede señalar que la lista de casos que el TS destaca como posibles casos de resolución del derecho del arrendador y algunos otros más que la ley no recoge, eran los casos que se habían ido identificando por la doctrina como no previstos por el legislador de 1964 (y/o versiones LAU anteriores) al diseñar el supuesto de hecho que desencadenaba la prórroga forzosa. Al señalarlos, los autores trataban de justificar la existencia de lagunas en las LAUs bajo las que cada uno trabajaba, para poder escapar de la legislación especial y llegar a la aplicación de las reglas generales. Por ejemplo, GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) pp. 1224 y 1225 y ACHÓN BRUÑÉN *RCDI* (2004), p. 22.

¹⁶ El argumento estaba muy claro en PAU PEDRÓN (1996), p. 331 y PAU PEDRÓN (1995), p. 70. Numerosos autores se habían colocado también en contra de esa aplicación del art. 29 LAU 1994 a estos casos de ejecución. Se puede ver DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 222; AZOFRA/MALKKI *RCDI* (2005), p. 6; FÍNEZ (1995), p. 336.

¹⁷ MIQUEL (2018), p. 6 n 4 (y p. 7 n 6 para más citas bibliográficas) y AZOFRA/MALKKI *RCDI* (2005), p. 4. Es interesante la idea de que la publicidad legal –de que hablaba F. Lucas– que puede proporcionar la LAU respecto de la protección del arrendatario urbano puede ser una traba para la seguridad del tráfico que tan bien protege la publicidad registral y que ese hecho se refleja en la necesidad del vendedor de inmueble arrendado de comunicar la situación arrendaticia, bajo pena de falsedad en documento público. Lo destaca MIQUEL en el lugar indicado, SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 598 y DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 50; desde un punto de vista procesal, MARÍN CASTÁN et al. (2015) p. 3178. MAS BADÍA *RCDI* (2014), p. 3096, insiste sobre la buena fe del adquirente. C. V LÓPEZ HERNÁNDEZ *RCDI* (1994), p. 166-168.

¹⁸ ROJO AJURIA (1995), p. 195 y AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1028.

otro lado, no se puede decir que el legislador de la LAU haya olvidado dicho supuesto de ejecución de hipoteca puesto que ha distinguido cuando ha querido (recordemos que la distinción sí se hace en arrendamientos de vivienda), no queda otra salida –dice el FD 5– que recurrir al artículo 4.3 LAU 1994 que ordena la aplicación supletoria del Código Civil para la regulación de los arrendamientos UDV¹⁹. En el Código Civil, la solución que encuentra el TS –incorrecta, en mi opinión– es la aplicación del artículo 1571 CC, con lo que se vuelve a la aplicación de las reglas generales sobre el arrendamiento –un derecho personal– contenidas en el Código Civil²⁰. Es cierto, por otro lado, que en este FD 5 el TS necesita detenerse en destacar que el recurso al Código Civil está condicionado en el artículo 4.3. LAU 1994 a la inexistencia de pacto sobre la cuestión, pero lo cierto es que, anteriormente, el FD 4.3 ya había destacado que el artículo 29 LAU se puede desplazar mediante pacto en ese sentido, pacto que no existía en el caso concreto. Esa afirmación, que no venía mucho a cuento porque interrumpía el hilo del razonamiento en FD 4.3, cobra sentido ahora en el FD 5, para regocijo del lector atento.

9. Una vez que el TS llega a la conclusión de que hay que aplicar el artículo 1571 CC, se ocupa también de señalar las diferencias entre la solución a que se llega por esta vía y la solución que se alcanzaría en aplicación del artículo 29 LAU (recordemos que ésta era la vía elegida por la SAP). Las diferencias se centran en dos (FD 6):

– La ejecución de la hipoteca no supone que el arrendamiento se extinga automáticamente, por aplicación del artículo 1571 CC, puesto que éste sólo dispone que el «adquirente» (en realidad, el precepto habla del «comprador») tiene «derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta».

¹⁹ Ésta era también la vía de escape que proponía GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) pp. 1198-32, bajo la LAU 1946, y es una manera de plantear las cosas que es fácil de encontrar en los autores que ponen el punto de partida en la legislación hipotecaria. Por ejemplo, en ROCA-SASTRE MUNCUNILL/BERNÁ XIRGO (2008), p. 463. Desde luego, plantear así las cosas parece mejor idea que la que propone PUJOL CAPILLA *RDCI* (1993), p. 400 de recurrir «al sentido común» para determinar la suerte del arrendamiento posterior ante la ejecución de la hipoteca.

²⁰ Quizá por escribir antes de la LEC 2000, una autora con la que comparto (la admiración por el trabajo de Ginot) y lo esencial del planteamiento de estas cuestiones, POVEDA BERNAL *RCDI* (1999), p. 916, apoya la aplicación del artículo 1571 CC en una postura similar a la del TS. También desde la postura que me parece correcta, pero antes también de la LEC 2000, DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 224. Por su lado, BENAVENTE MOREDA (1998), p. 50 (y p. 233 n 75) cree que el artículo 1571 se refiere a la venta, pero que se aplica a todos los supuestos análogos, un poco al estilo de lo que explicaba MUCIUS SCAEVOLA (1908), pp. 654 y ss.

– Frente a esta solución, la solución del artículo 29 LAU es la subrogación (automática) en el arrendamiento por la duración pactada, salvo que el adquirente resulte protegido por el artículo 34 LH. En cambio, por aplicación del artículo 1549 CC, el adquirente al que se aplica el Código Civil no tiene que demostrar todos esos requisitos exigidos por el artículo 34 LH, sino que le basta con la inoponibilidad de lo no inscrito (arts. 606 CC y 32 LH).

10. La conclusión general de este análisis es clara. En resumen y en palabras del TS, «los arrendamientos de inmuebles para uso distinto al de vivienda no inscritos, o los inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada, carecen de eficacia frente al adjudicatario, de forma que la transmisión de la finca provoca en este caso la extinción del arrendamiento a instancia de aquél.» (FD 6). Aquí, la formulación en términos de inoponibilidad de lo no inscrito –recordemos que la LAU 1994 había reformado el artículo 2.5 LH para abrir las puertas del registro a los arrendamientos– es más suave y menos comprometida, por lo que creo que puede llegar a admitir la solución que a mí me parece mejor. En efecto, también es necesario que el adjudicatario solicite el desahucio del arrendatario, incluso si se entiende que el arrendamiento deja automáticamente de vincularle, como a mí me parece preferible²¹. Estas cuestiones tienen una dimensión constitucional, desde el punto de vista de la indefensión del arrendatario en el proceso de ejecución de la subasta, que parece ahora correctamente enfocado en la LEC²².

²¹ Hablando de la LAR y de la resolución del derecho del arrendador, GARCÍA GARCÍA *RCDI* (1991), p. 2247, adopta un punto de vista que me interesa destacar. Dice este autor que es preferible hacer compatibles los aparentemente contradictorios artículos 13 (que habla de «resolución automática» del arrendamiento) y 78 (que habla de «resolución a instancia del que resulte propietario») de la LAR, en el sentido de que el artículo 13 se refiere a los supuestos en que tiene lugar la extinción del arrendamiento, mientras que el artículo 78 se refiere al «aspecto procesal» de eficacia de la resolución y consiguiente extinción del arrendamiento, en el sentido de exigirse una iniciativa del propietario y no una actuación automática y *ope legis*. Lo que parece es que –dejando a un lado la idea de que el arrendamiento no se extingue sino que sigue vinculando a quienes lo concertaron– la iniciativa del adjudicatario se necesita para que éste recupere la posesión y, por otro lado, que esto se debe hacer sin causar indefensión al arrendatario. Desde un punto de vista procesal, véase MARÍN CASTÁN *et al.* (2015) pp. 3144-3145 y 3182.

²² En los años 1990, hubo polémica constitucional sobre estas cuestiones desde el punto de vista de la indefensión del arrendatario en la ejecución de la hipoteca. Es un problema que ya había señalado AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), 1018 y que la LEC 2000 solucionó, como se puede ver en MIQUEL (2018), p. 33 y ACHÓN BRUÑEN *RCDI* (2004), pp. 7-8. Para una explicación de los términos de este debate, se puede ver CARRASCO PERERA *DPC* (1994), p. 228; ROJO AJURIA (1995), pp. 197-198; R. PÉREZ GURREA, «La resolución del derecho del arrendador y la enajenación de la vivienda arrendada en la Ley 29/1994 y su nuevo régimen tras la Ley 4/2013», *RCDI*, 2014, p. 1450 y, de forma exhaustiva, MARÍN LÓPEZ/COLÁS ESCANDÓN (2013), pp. 13 a 27. Desde un punto de vista que insiste –quizá en exceso– en el nuevo artículo 5.2 LH, redactado en su momento por la LAU 1994, DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 224 (pero cfr. pp. 109 y ss.). Para una explicación de las reglas procesales que resuelven la cuestión, BROCÁ-MAJADA CORBAL (2014), pp. 7470

También es claro, desde mi punto de vista, que el adjudicatario bien puede querer que el arrendamiento siga en vigor, pero se tratará entonces de un nuevo contrato tácitamente celebrado entre el antiguo arrendatario y el nuevo propietario de la finca²³.

Se pone fin de este modo a un caso concreto en el que, curiosamente, era el arrendatario el que defendía la extinción del arrendamiento con la ejecución de la hipoteca para no tener así que pagar las rentas atrasadas de tres años (unos 300.000 euros en total) durante los cuales había seguido gozando de la posesión del local; mientras que el adjudicatario (que más tarde había cedido el local a otra entidad) defendía que el arrendamiento seguía vigente y que la ejecución de la hipoteca no suponía la extinción del arrendamiento... el mundo al revés. Conforme a sus esquemas, el TS destaca que el adjudicatario de la hipoteca no había optado por la resolución del arrendamiento, conforme a lo previsto en el artículo 1571 CC, por lo que llega a entender que el arrendamiento continuaba existiendo tras la ejecución de la hipoteca. Es decir, que la adjudicataria del local se había subrogado en él y que las rentas se seguían devengando con normalidad. De esta manera, procede a condenar a la demandada al pago de las rentas pasadas no satisfechas hasta el momento en que el demandante dejó de ser dueño del local en cuestión al cederlo a otra entidad de crédito.

El resultado en sí mismo es correcto (el arrendatario –o precarista– tiene que pagar merced durante el tiempo en que ha ocupado el local) y, como ya he dicho, el planteamiento básico que desemboca en la aplicación de las reglas generales del Derecho civil se puede compartir. Sin embargo, recurrir al artículo 1571 y entender que la ejecución de la hipoteca determina el nacimiento de una *facultad* a favor del adjudicatario de dar por terminado el arriendo –que, de otro modo, continuaría vinculando al adquirente– no creo que sea la solución preferible. Veamos si logro convencer de esto al lector, en los siguientes epígrafes.

y ss. V. Gimeno Sendra (dir.) *Proceso civil práctico*, III-2, Pamplona, 2018, p. 403 y ACHÓN BRUÑÉN, *Revista de Jurisprudencia Lefebvre* (2022), *passim*.

²³ Lo explicaba bien LÓPEZ JACOISTE *ADC* (1956), p. 1259 «en rigor, una cosa es que el propietario consienta tácitamente en un nuevo contrato que viene a sustituir al anterior vigente entre el nudo propietario (*sic*), y otra muy distinta que se renuncie tácitamente a ejercer la acción resolutoria contra el mismo contrato». Algo así explica GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) pp. 1192-1193, respecto de la LAR vigente cuando él escribía: «para enervar el efecto establecido por la ley y, por tanto, la extinción del arrendamiento, se requiere una especial voluntad del dueño. De no producirse ésta se extingue el arrendamiento por necesidad jurídica, efecto ineludible, no voluntario, sin perjuicio de la limitada protección temporal que el artículo 25 de la ley citada confiere al arrendatario». Bajo el artículo 1571 CC se ha discutido el funcionamiento de la «facultad» de dar por terminado el arriendo y su relación con la cuestión de si el «pacto en contra» es o no un contrato a favor de tercero. El asunto era ya polémico desde la disputa entre la opinión negativa de MANRESA (1919), p. 658, y respuesta positiva de MUCIUS SCAEVOLA (1908), p. 700. Creo muy interesante el énfasis en la posibilidad de reivindicar del nuevo comprador y propietario que hace MORALES MORENO (1998) en p. 16, que creo que tiene reflejo en su respuesta (en p. 18) a esta cuestión de si estamos o no ante un contrato en favor de tercero.

III. LA EQUIPARACIÓN ENTRE LA VENTA Y LA VENTA EN SUBASTA DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA... ALGO NO TERMINA DE ENCAJAR

Desde un punto de vista crítico, se puede destacar que la STS 783/2021 que estoy comentando parte de que la ejecución de una hipoteca, como da lugar a una venta de la finca en pública subasta, es equivalente a una venta. Eso es lo que le lleva a afirmar la aplicación del artículo 1571 CC al caso, lo que resulta en conceder al adjudicatario la posibilidad de resolver el arriendo²⁴. Asumir esa creencia, supone adoptar un punto de partida que el TS no justifica y que creo que es erróneo por arrancar de planteamientos debidos a la LAU 1964 (y anteriores versiones de esa LAU), que hoy han perdido la mayor parte de su sentido.

Esa equivalencia entre venta y venta forzosa de la que parece partir el TS se puede apreciar en la manera misma en que la STS centra el campo de estudio y en la manera en que concluye su análisis. Para centrar la cuestión, el TS dice que se trata de saber «si la “enajenación forzosa” de un local de negocios arrendado, derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria, determina la extinción del arrendamiento o, por el contrario, su subsistencia y la “subrogación” del adjudicatario en la posición del arrendador» (FD 3-1, con cursivas añadidas). Para cerrar el análisis, el TS concluye diciendo que «los arrendamientos de inmuebles para uso distinto al de vivienda no inscritos, o los inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada, carecen de eficacia frente al “adjudicatario”, de forma que la “transmisión” de la finca provoca en este caso la extinción del arrendamiento a instancia de aquél.» (FD 6, con cursivas añadidas).

También los defensores que ha habido en la doctrina de esta equiparación que critico se fijan siempre en el momento de la «enajenación» y en la situación del «adjudicatario» (Gullón, Bercovitz, Benavente Moreda), en lugar de centrarse en el significado y funcionamiento de la hipoteca²⁵. Asimismo, también desde este sector

²⁴ En las polémicas doctrinales sobre estas cuestiones, se discutía una posición doctrinal aislada según la cual la resolución del derecho del arrendador en la LAR de 1935 daba lugar a la aplicación del art. 1124 CC y al nacimiento de una facultad del arrendador en tal sentido. Véase, GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) p. 1191.

²⁵ Basándose en Ginot de Llobateras, lo señala CARRASCO PERERA *DPC* (1994), p. 241, a quien sigue POVEDA BERNAL, *RCDI* (1999), p. 938, aludiendo a «la creencia equivocada de que el conflicto que nos ocupa enfrenta al arrendatario y al adquirente adjudicatario posterior, cuando lo cierto es que el enfrentamiento tiene lugar entre el arrendatario y el acreedor hipotecario anterior». Por su lado, AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), pp. 1015 y 1020 señala el enfrentamiento entre las reglas de los derechos de crédito (obligaciones) y los derechos reales. Véase también, BERCOVITZ (2013), p. 5; GULLÓN BALLESTEROS

doctrinal se insiste en la idea de «subrogación» en la posición del arrendador, como si se pudiera montar el supuesto de hecho de la prórroga forzosa en esa idea (Amorós, Sabater Bayle)²⁶ ... Pero quizá haya que estar muy convencido ya de las tesis que defiende para ver estos detalles con suspicacia y merezca la pena fijarse en datos más claros en los que se puede ver que algo no va bien ni en lo relativo a la aplicación del artículo 1571 CC al caso ni en la justificación del resultado alcanzado en esta STS.

Un dato que creo que sí salta a la vista es la siguiente argumentación del FD 5, que merece la pena recoger literalmente, a pesar de que así lo convertiremos probablemente en lo que los críticos literarios llaman una «narración enmarcada»:

«La clásica sentencia de esta sala de 22 de diciembre de 1945 también admitió la aplicación del art. 1571 CC a la enajenación judicial de finca hipotecada, incluso respecto de los arrendamientos inscritos cuando la hipoteca ejecutada tenga rango registral preferente al arrendamiento (en virtud del principio de purga de las inscripciones y anotaciones posteriores del antiguo art. 131 LH): “El artículo 1571 del Código Civil no autoriza la subsistencia del arriendo en todos los casos de transmisión de la finca, ni dicho precepto rige en los casos de enajenación judicial de la finca hipotecada, regulados específicamente en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, según la cual verificado el remate o la adjudicación se decretará de oficio *por imperio de la ley*, la cancelación de las inscripciones o anotaciones posteriores a las inscripción de la hipoteca en atención a que ésta actúa a modo de condición resolutoria y determina de iure automáticamente la extinción de los derechos del deudor-dueño y de los que de él traigan causa, sin que pueda ofrecer duda que en el concepto de inscripciones posteriores y susceptibles de cancelación está comprendido el arriendo inscrito, como limitación del dominio, similar, en algún aspecto, al derecho real propiamente dicho (art. 79 de la Ley Hipotecaria [...]...”» (cursivas añadidas).

Como se ve en el texto transcrito, el TS –quizá cegado por el efecto principal de la extinción del arrendamiento que ya cree tener al alcance de la mano– afirma que ya se había aceptado en la jurisprudencia la aplicación del artículo 1571 CC a la enajenación judicial de la finca hipotecada, apoyándose en un texto que –ciertamente admite la desaparición del arrendamiento, pero que– des-

(1996) p. 588; BENAVENTE MOREDA (1998), p. 233. Ya he destacado varias veces que esa equiparación era la base para la interpretación más amplia posible de la prórroga forzosa bajo la LAU 1964 que era seguramente mayoritaria en la doctrina de aquella época. Véase, por todos, AMORÓS GUARDIOLA ADC (1961), p. 1027 y SABATER BAYLE, RCDI (1993), p. 598.

²⁶ La construcción de SABATER BAYLE, RCDI (1993), pp. 578, 582 y 609-610, que en este punto creo incorrecta, permite sin embargo ver muy claramente el trasfondo del problema.

carta abiertamente la aplicación de ese artículo 1571 CC y afirma que la desaparición del arrendamiento se decretará «de oficio y por la fuerza de la ley» (*ipso iure*) en aplicación de la legislación hipotecaria (¡!)²⁷.

Ese punto de partida aceptado apodícticamente por el TS de que la ejecución de la hipoteca da lugar a una venta forzosa, que no deja de ser una venta, quizá se percibe mejor en la oscuridad del razonamiento que permite al TS descartar la aplicación del artículo 13 LAU 1994 (resolución del derecho del arrendador de «vivienda») al caso de la ejecución de la finca arrendada para UDV.

Para descartar la aplicación de ese artículo 13 LAU a los casos de ejecución de una hipoteca sobre la finca arrendada, cuestión a la que nos acabamos de referir en un punto 6 anterior, podemos fijarnos en que, a continuación del texto del FD 4.5 ya transcrito en ese punto 6, dice el TS que:

«Cuando es el propio arrendador, vinculado por el contrato de arrendamiento (arts. 1091 y 1257 CC), el que provoca la transmisión del dominio de la finca, es lógico que, en el conjunto de los intereses en concurrencia, la ley establezca un régimen de mayor protección del arrendatario, aplicando el principio de conservación de los contratos mediante el mecanismo de la subrogación (sin perjuicio de la protección de los terceros amparados por el art. 34 LH). El arrendador se vinculó voluntariamente mediante un contrato que es ley entre los contratantes (art. 1091 CC), del que no puede desligarse mediante una actuación unilateral (en el sentido de ajena a la voluntad concurrente del otro contratante, el arrendatario).»

Según el texto transcrito, entonces, no es lo mismo incumplir el arrendamiento –no garantizar la posesión pacífica del arrendatario– porque el arrendador «decide» vender la cosa arrendada que lo que ocurre cuando ese arrendador «sufre» la resolución de su derecho sobre ella, lo que vendría a justificar el distinto trato que da el legislador a cada una de esas hipótesis. Sin embargo, la solución que el propio TS acaba proponiendo al caso de la ejecución de la hipoteca sobre la finca arrendada para UDV es la aplicación del artículo 1571 CC, relativo a la venta de la cosa arrendada, es decir, una solución que se apoya en una equiparación entre venta y venta forzosa que es, precisamente, el argumento utilizado bajo la LAU 1964 para justificar la extensión de la prórroga forzosa a los casos de ejecución de la hipoteca. El giro argumental del TS en este momento, por lo demás, es contradictorio con la necesidad misma de hacer esa distinción de hipótesis que el TS está defen-

²⁷ Para confirmar –si hiciera falta– que el sentido (evidente) de leer esta STS de 1945 (RJ 502) no es el que entiende el TS en 2021, MIQUEL (2018), p. 12.

diendo y parece descansar en la improbable teoría de que el Código –que ha distinguido entre la venta (art. 1571 CC) y la resolución del derecho del usufructuario arrendador (art. 480 CC)– no ha sabido dar una solución apropiada a lo que ocurre con los arrendamientos concertados por el hipotecante después de la constitución de la hipoteca²⁸.

La creencia que sigue afectando al razonamiento del TS en este punto proviene probablemente de arrastrar hasta aquí la lógica de Derecho especial sobre arrendamientos urbanos, en una línea doctrinal que ya hemos señalado que también había tenido sus defensores. En efecto, según la doctrina mayoritaria, en la LAU 1964 el arrendamiento (tanto de vivienda, como de «local de negocio», que era la categoría que entonces se manejaba) era capaz de resistir cualquier supuesto en el que se produjera una «sucesión» –que era el término omnicomprendivo que empleaba el artículo 57 LAU 1964– en los derechos del arrendador y se había llegado a decir en la jurisprudencia que incluso el arrendamiento «posterior» a la constitución de la hipoteca era capaz de resistir a la ejecución de esta última²⁹. Entender la ejecución de la hipoteca como una venta facilitaba asumir esa solución y reforzar así la protección del arrendatario. En mi opinión, esa equiparación debe ser entendida todo lo más como una manera de recordar la conclusión alcanzada –se extiende la prórroga forzosa de la LAU 1964 a todos los casos– y no puede aspirar a ser una explicación técnica del funcionamiento de los casos de resolución del derecho del arrendador.

La oscuridad del razonamiento del TS que estoy comentando creo que también oculta algo que merece la pena destacar: que lo decisivo como punto de partida en cualquier análisis es el nivel de protección que se da al arrendamiento frente a terceros³⁰. En efec-

²⁸ El TS no creo que parta de entender que el hecho de que el artículo 4.3 LAU 1994 se remita al Código Civil impide recurrir a las reglas de la LH o de la LEC, lo que sería realmente chocante porque el Código Civil también regula la hipoteca, porque el Código nunca puede funcionar procesalmente sin ayuda y porque siempre se ha reconocido que parte del contenido del Derecho común está fuera del Código Civil, por ejemplo, en la LH (Gullón) a la que, por otro lado, se remite el CC en materia de hipotecas y arrendamientos (cfr. arts. 1459 y 1880 CC); algo así están diciendo POVEDA BERNAL *RCDI* (1999), p. 939 y SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 567. También en esta línea, que me parece preferible, MIQUEL (2018), p. 2 (y cfr. p. 5). Por otro lado, y recordando las cuestiones metodológicas a las que me refería al comienzo de este trabajo, no se puede entender la remisión del artículo 4.3 LAU 1994 al Código Civil como si fuera una remisión de una ley especial (LAU) a «otra» ley especial (CC!?).

²⁹ Se pueden ver, por todos, SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), *passim*.

³⁰ Muchos autores señalan esta idea. Se puede ver GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) p. 1187, a quien sigue ESTRADA ALONSO *RCDI* (1989), p. 431, y AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1018. Entre los comentaristas a la LAU 1994, ROJO AJURIA (1995), p. 184.

to, tanto si el punto de partida es dar una protección total al arrendatario frente a cualquier tercero adquirente o «sucesor» del arrendador (art. 57 LAU 1964), como si el punto de partida es no dar ninguna protección por regla general a ningún arrendatario frente al comprador de la finca arrendada (arts. 1549 y 1571 CC), puede parecer que hay cierta equivalencia entre una venta y una venta forzosa. Pero es pura apariencia.

En efecto, la equiparación de la enajenación por ejecución de hipoteca al caso de la venta no era correcta en la LAU 1964 –pero al menos era inocua–, porque la protección del arrendatario era total en todo caso, según la doctrina mayoritaria. Algo parecido pasa –por razones simétricas– en la solución diametralmente opuesta del régimen general del Código Civil. En el Código, esa equiparación es aparentemente posible porque en ambos casos la protección del arrendamiento ante el nuevo dueño de la finca es, por regla general, inexistente. Cuando el nivel de protección es distinto para el caso de enajenación voluntaria respecto del existente para el caso de resolución del derecho del arrendador, como ocurre en la LAU 1994 (también en su versión de 2013 y en la posterior «contrarreforma» de 2019), me parece claro que no hay equiparación posible.

Pero es que, además, basta para comprobar que esa equiparación es pura apariencia cuando, en una aproximación más rigurosa, podemos apreciar que las soluciones del Código Civil no son realmente las mismas en los casos de venta y en los de enajenación de la cosa en pública subasta por la ejecución de una hipoteca. Ambas soluciones comparten el efecto principal de afectar decisivamente al arrendamiento, es cierto, pero el artículo 1571 CC lo articula a través de una facultad que reconoce al adjudicatario y dando a las partes la ocasión de pactar sobre ese efecto, mientras que la desaparición del arrendamiento es automática en la ejecución de la hipoteca conforme a las antiguas reglas de la LH actualmente en la LEC³¹. Como veremos, esa diferencia había sido ya correctamente justificada por la doctrina que se apoyaba en las reglas generales del sistema durante la vigencia de las distintas versiones de la LAU.

³¹ Ya decía LUCAS FERNÁNDEZ (1992), pp. 4-5 que «el precepto del 1571 (sic) no rige en casos de enajenación judicial de la finca hipotecada, caso regulado específicamente en el art. 131 de la Ley Hipotecaria» y aludiendo a la automática extinción de los derechos del hipotecante y de los que de él traigan causa.

IV. LA SOLUCIÓN REAL A ESTAS CUESTIONES: EL ARTÍCULO 1876 CC COMO PUNTO DE PARTIDA

Como hemos visto, la STS que estamos repasando parte sin decirlo de la equiparación entre venta y venta forzosa en pública subasta de ejecución de la hipoteca. ¿Es posible equipararlas? La respuesta a esta pregunta creo que es claramente negativa y, en realidad, fácil de alcanzar por aplicación de las reglas generales a las que lleva el correcto análisis asumido por el TS³². La respuesta es negativa, porque tal solución deriva de la idea misma de hipoteca, que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación garantizada sea quien sea su poseedor (art. 1876 CC); porque, consecuentemente, la ejecución de la hipoteca supone la cancelación de cargas y la no oponibilidad frente al adjudicatario de los derechos sobre la finca posteriores a la constitución de la hipoteca; porque los efectos de una venta son esencialmente distintos a los de la ejecución de una hipoteca y –quizá– porque todo ello queda claro trazando una analogía entre la posición del usufructuario que arrienda la finca y la posición del dueño que hipoteca su finca y luego la da en arrendamiento.

Estas razones son las que se desprenden sin dificultad de las reglas generales del Derecho civil y las que impiden asumir la solución mantenida por la STS acerca de la aplicación del artículo 1571 CC. Reparar en esas reglas generales quizá no es tan fácil porque siempre se han planteado de una manera muy influida por la polémica existente en la doctrina a la que me refería al comienzo de este comentario y que se remonta al menos hasta 1931. Desde entonces, las reglas generales del sistema siempre se habían planteado pensando en el debate sobre si prevalece la solución hipotecaria y el arrendamiento urbano debe extinguirse por la ejecución de la hipoteca o si, por el contrario, prevalece la solución de la prórroga forzosa establecida amplia y enérgicamente por el legislador especial de arrendamientos urbanos. Pero, una vez que (desde LAU 1994) esa polémica ya no nos importa para los arrendamientos UDV sobre finca anteriormente hipotecada cuando llega el momento de la ejecución, las reglas generales pueden volver a brillar si se pone en ello un poco de cuidado.

Veamos ya esas reglas generales que, desde el punto de vista del adjudicatario de la finca, determinan la desaparición *ipso iure* del arrendamiento en caso de ejecución de la hipoteca sobre finca arrendada posteriormente para UDV. Lo haremos en los siguientes epígrafes y de la mano de Ginot de Llobateras, que es el autor que ha sido decisivo para abordar estas cuestiones en España.

³² Comparto la opinión de MIQUEL (2018), p. 5.

1. EL FUNCIONAMIENTO BÁSICO DE LA HIPOTECA

La hipoteca otorga al acreedor hipotecario un *ius disponendi* que le permite, en el caso de que el deudor no le pague la obligación garantizada, instar la ejecución de la finca hipotecada para satisfacer así su crédito con el producto de dicha ejecución. Para que ese mecanismo de garantía funcione, el ordenamiento necesita que la cosa dada en garantía no sufra alteración, deformación o sustracción hasta que se pueda convertir en dinero, como explica Ginot. Dejando a un lado los deterioros físicos que se pueden encauzar por medio de la acción de devastación, el mecanismo de que dispone el sistema es impedir la disposición de su derecho por parte del hipotecante³³. Como señala este autor, pensando en la necesidad de que la cosa llegue incólume a la eventual ejecución de la hipoteca, «en los inmuebles la sustracción sólo se puede realizar por acto jurídico y el derecho se encuentra en situación de impedirlo; privando de la facultad de disposición al deudor embargado (o hipotecado) y haciendo, así, ineficaz la enajenación»³⁴. Un poco más adelante, Ginot añade que precisamente «en esa consecuencia radica la sujeción de la finca hipotecada al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyó y a la que se refieren los artículos 1786 CC y 104 LH»³⁵. Por tanto, el poder de disposición sobre la finca hipotecada del hipotecante se ve limitado, de manera que sus actos están sometidos a las limitaciones de la posición que ocupa desde el momento de la constitución de la hipoteca³⁶.

Ese funcionamiento básico de la hipoteca impide que el hipotecante pueda llegar a afectar al derecho del acreedor hipotecario, que queda cristalizado en el registro en el momento en que se constituyó la hipoteca³⁷. El hipotecante puede seguir realizando actos de disposición sobre su propiedad, pero todos ellos quedan sometidos a una eventual ejecución de la hipoteca, de manera que, cuando

³³ Muy claramente, DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 108. Sobre la acción de devastación en este terreno, DORAL (1962), pp. 506 y ss. SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), pp. 596 y ss.

³⁴ GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) p. 1215. En la misma línea DORAL (1962), pp. 504-505; MIQUEL p. 8 y otros autores, como ESTRADA ALONSO *RCDI* (1989), p. 420, muy claramente.

³⁵ Sobre la idea de poder *inmediato* en el derecho real de hipoteca, DORAL *RDP* (1962), pp. 502 y ss.

³⁶ DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 107 destaca también estos puntos, hablando del art. 13 LAU 1994.

³⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001) p. 183, destacaba precisamente este momento de constitución de la hipoteca en sus explicaciones sobre esta materia.

ésta se ejecuta, los actos de disposición posteriormente realizados por el hipotecante desaparecen³⁸.

Como nadie (tampoco el hipotecante) puede transmitir más de lo que tiene, se llega a la solución general de la desaparición del arrendamiento, que se formula con el aforismo *Resolutio iuris dantis, resolvitur ius concessum*³⁹.

2. LOS EFECTOS GENERALES DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Según la regla contenida en el antiguo art 131.17.^a LH y que está ahora en los artículos 134 LH y 674 y 692.3 LEC, la ejecución de la hipoteca determina «la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación» de dominio y cargas que da inicio al procedimiento de subasta y que regula el artículo 656 LEC. Es lógico que así sea y la solución deriva sin mucha dificultad de la idea misma de hipoteca resumida en el punto anterior.

En el debate sobre estas cuestiones anterior a la LAU 1994 –y aun en el posterior, en la visión de algunos autores– siempre se discutía si el alcance del artículo 131.17.^a LH tenía un sentido sustancial porque respondía a las reglas generales del sistema o si sólo tenía un valor adjetivo y registral⁴⁰.

La primera posición la expresaba Ginot diciendo que «el propietario hipotecante, desde el momento en que la hipoteca queda

³⁸ En esta línea se coloca claramente el razonamiento de GARCÍA GARCÍA *RCDI* (1991), pp. 2227.

³⁹ En este sentido, es muy ilustrativa la cita que GARCÍA GARCÍA *RCDI* (1991), p. 2243 hace de la STS 5 de febrero 1945 (RJ 502): «La hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor de la cosa gravada, efectuada por su titular del pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas en el fondo posteriormente a la fecha de aquélla; momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos. Produce, sin duda, tal destrucción incluyente de cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste porque es de esencia sustancial de la calidad de ese característico gravamen, y porque la razón advierte la notoria influencia que en el dicho valor en cambio inmobiliario tienen los condicionados de la facultad de disfrutar que ciertamente merman la garantía constitutiva, y cuando se trate de arrendamiento a largo plazo estipulado después de dicha garantía ocasiona el finiquito de éste. Lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción si lo estuviere como derecho real y la causa de su título personal porque la propia hipoteca deshace el derecho del arrendador para acceder en perjuicio de aquella facultad dominical que integra parte de lo realizable asegurado. De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo, pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años que prácticamente si se abonaren anticipados –y no en el tiempo ni forma de pago legales– reducirían poco menos que a la nada el valor de la finca».

⁴⁰ Para el diagnóstico, POVEDA BERNAL *RCDI*, (1999), p. 898. Esta autora recoge los argumentos de manera exhaustiva y clara en pp. 922-932. En el debate, AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1020 trae también a colación el artículo 225 RH.

constituida (...) no tiene un derecho normal, sino sólo un derecho afectado de una causa de posible pérdida, que, en caso de cumplirse determinados supuestos de hecho que ya se han explicado, lo perderá indefectiblemente sin que, en los actos jurídicos que otorgue con relación a ese derecho (...) pueda eliminar la existencia y actuación de esa causa de posible pérdida. Por tanto, la razón de extinción de la hipoteca o anotado el embargo es independiente de la naturaleza del derecho y de la circunstancia de que se haya o no inscrito o anotado en el registro de la propiedad, mientras no exista una disposición legal que sustraiga uno de tales derechos a los efectos de la ejecución»⁴¹.

El punto de partida de esta primera posición queda muy bien recogida en las palabras de Vallet de Goytisoló cuando dice que, «el arrendamiento debe ceder ante la resolución del derecho constituyente –o frente a su reivindicación por otra persona–, como sucede normalmente a cualquier derecho, considérese éste de naturaleza real o personal»⁴².

Igualmente claro, J. M. Miquel lo explica diciendo que «un derecho personal no atribuye un derecho a la posesión frente al propietario del bien cualquiera que sea éste. En el caso en que el arrendador pierda la propiedad, el derecho del arrendatario a la posesión se extingue, porque sólo es un derecho contra una persona determinada. Ahora bien, el derecho personal subsiste y consiste, entonces, en un derecho a una indemnización por incumplimiento por parte del arrendador»⁴³. Como se ve, es una explicación que también subyace en el funcionamiento general de la regla venta quita renta del artículo 1571 CC, pero eso no es un argumento para

⁴¹ GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) pp. 1216-1217, con ideas que –casi en su expresión literal– han tenido mucho eco en numerosos autores.

⁴² J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *La hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951, p. 47 n 117, citado por GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) p. 1186. En el mismo sentido, DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 218; MORALES MORENO p. 16. Por su lado, AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1020 añade que «la misma razón práctica que justifica la norma de subsistencia postula a sensu contrario la necesidad de no subsistencia o extinción (de los derechos posteriores)». En el mismo sentido, GARCÍA GARCÍA *RCDI* (1991), p. 2233, PUJOL CAPILLA *RDCI* (1993), 404 proponen reformar el art. 131 para aclarar la situación en este sentido; mientras que ROJO AJURÍA (1995), p. 195 cree que ha sido buena idea introducir la solución para estos casos en una ley sustancial, como es el artículo 13 LAU 1994 sobre arrendamientos de vivienda.

⁴³ MIQUEL (2018), p. 27. También es buena la explicación de POVEDA BERNAL *RCDI*, (1999), p. 924 «Por tanto, si los derechos reales posteriores a la hipoteca se extinguen como consecuencia de la ejecución hipotecaria, los derechos personales se extinguen no ya sólo como consecuencia de la ejecución hipotecaria, sino porque por su propia esencia no pueden afectar a tercero». En la misma línea, DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 218.

apoyar las tesis de la STS que estamos comentando, como se verá enseguida⁴⁴.

Para aclarar cómo se relacionan estas ideas generales con la regla de purga de las cargas posteriores (antiguo art. 131.17.^a LH y actual art. 674 LEC), también es buena idea recurrir a las explicaciones de J. M. Miquel. Según este autor, el arrendamiento (no inscrito) es un derecho personal, no una carga, por lo que no se puede extinguir por el sistema de purga de cargas, pero que «como el adquirente es propietario y la propiedad da derecho a la posesión contra cualquiera que no tenga un título oponible al propietario, la posesión del arrendatario no es resistente frente al adquirente»⁴⁵. Es decir, que la ejecución no extingue el derecho personal del arrendatario derivado del arrendamiento; pero sí su derecho sobre la cosa, es decir, el derecho a poseer la cosa. Una vez extinguido su derecho a la posesión de la cosa –que es lo que le importa al adjudicatario–, el derecho personal –respecto del arrendador– se traducirá en un derecho a la indemnización de daños por incumplimiento de la obligación del arrendador de mantenerle en el goce pacífico de la cosa por todo el tiempo de duración del contrato⁴⁶.

Esta primera posición que acabo de resumir es la que me parece más fundada. La segunda posición en aquel debate sobre la LAU 1964 (y anteriores versiones LAU) entendía, por el contrario, que ese artículo 131.17.^a LH contenía una regla de alcance simplemente registral o adjetivo que no servía –por tanto– para decidir si prevalecía la solución hipotecaria frente a la regla del artículo 57 LAU que imponía la prórroga forzosa. Lo expresa bien Sabater Bayle, diciendo que «una cosa es cancelar la inscripción o anotación de un gravamen y otra muy diferente es la extinción del gravamen como derecho»⁴⁷.

En mi opinión, la ley especial puede naturalmente disponer lo que tenga por conveniente (aunque con límites constitucionales, a partir de 1978), por lo que creo que la polémica así planteada era

⁴⁴ Cfr. MIQUEL (2018), p. 7 (pero poniendo el art. 1571 CC en relación con el art. 675 LEC) y pp. 8 y 16. Me parece mucho más claro el uso que hace este autor del art. 1571 en p. 12.

⁴⁵ MIQUEL (2018), p. 4. La doctrina que estudia el art. 1571 CC entiende normalmente que el arrendatario también tiene la opción de abandonar el contrato cuando, tras la venta de la cosa, se encuentra vinculado sin su consentimiento con un nuevo arrendador. Por todos, LUCAS FERNÁNDEZ (1992) pp. 4-5 y 7.

⁴⁶ MIQUEL (2018), p. 9.

⁴⁷ SABATER BAYLE, RCDI (1993), *passim*, defendía ese valor simplemente registral y adjetivo del antiguo 131 LH. Insiste diciendo que la cancelación de la hipoteca posterior sí tiene alcance sustancial, pero que eso se debe a la necesidad constitutiva de la inscripción en ese tipo de garantía. En p. 584 señala que el arrendamiento no inscrito, simplemente, «no está contemplado en la norma» (del art. 131. LH).

un poco absurda⁴⁸. Las reglas especiales no tienen por qué afectar a la interpretación de las reglas generales, porque hacen algo más: imponerse sobre ellas. Por eso, una vez que la legislación especial cambia o es derogada, las reglas básicas sobre el funcionamiento general de la hipoteca pueden brillar ya sin excepciones, con atención, eso sí, al hecho de si el arrendamiento supone o no una carga sobre la propiedad (claramente sí, cuando hay prórroga forzosa) y de nuevo prestando atención a la fuerza de la ley (especial). También sobre esto tenemos estudios doctrinales interesantes en los que no puedo detenerme ahora⁴⁹.

3. LA VENTA FRENTE A LA VENTA EN PÚBLICA SUBASTA

La venta no es equiparable a la ejecución de la hipoteca porque cada una de estas figuras produce efectos distintos. En la venta, el vendedor transmite su derecho –el que tenga y como lo tenga en esos momentos– por medio de un contrato en el que las partes ajustan las condiciones del intercambio en uso de su autonomía privada. En cambio, en la ejecución de una hipoteca, lo que ocurre es que el acreedor hipotecario tiene un poder oponible *erga omnes* que le permite hacer que la cosa hipotecada se ponga a la venta en las condiciones en que la cosa estuviera en el momento de constitución de la hipoteca⁵⁰. Por eso, ejercitado ese derecho, desaparecen los actos de disposición realizados por el hipotecante. Constituida la hipoteca, el hipotecante sólo puede dar lo que tiene (por ejemplo, vender una finca «hipotecada») y sólo puede conferir derechos sometidos a los mismos límites de la posición claudicante que él mismo tiene respecto de la finca desde el momento de constitución de la hipoteca⁵¹.

Es cierto que, en los dos casos (venta y subasta de ejecución), la propiedad sobre la finca en cuestión termina en manos de un tercero, comprador o adjudicatario en pública subasta. Esto es innegable

⁴⁸ AMORÓS GUARDIOLA ADC (1961), p 1020 asume también estas ideas (que glosa y resume también en p. 1027), diciendo que «la norma de subsistencia de las cargas anteriores comprende toda clase de afecciones reales e impone la extinción de las posteriores». Este autor, posteriormente, va a defender (en pp. 1023 y ss.) la prevalencia de la regla de la prórroga forzosa sobre la hipoteca, por necesidad de respetar la legislación de arrendamientos urbanos (muy claro, pero con críticas al legislador especial, pp. 1033-1034). SABATER BAYLE, RCDI (1993), pp. 607-608 también es perfectamente consciente del funcionamiento de las reglas generales, por mucho que opte por la prevalencia del arrendamiento siguiendo los propósitos del legislador LAU 1964. Para esto, véase la p. 612.

⁴⁹ Por ejemplo, GINOT DE LLOBATERAS ADC (1955), pp. 1171 y ss. SABATER BAYLE, RCDI (1993), pp. 571 y ss.

⁵⁰ Algo así explica MIQUEL (2018), pp. 21 y 25, muy claramente.

⁵¹ FÍNEZ (1995), p. 222-223 argumenta también con estas ideas.

(cfr. art. 1489 CC) y es la razón que permitía mantener –en el debate sobre estas cuestiones bajo la LAU 1964– que el arrendatario también resultaba protegido por la prórroga forzosa en caso de ejecución de la hipoteca⁵². Insisto en que, si esa era la intención del legislador, no veo inconveniente en que así lo dispusiera en 1964 (y desde 1931) y sin entrar ahora a considerar si hay razones (que tendrían que ser constitucionales) que lo impidan y sin detenernos en las dificultades que el legislador afrontaría para describir el supuesto de hecho de una norma capaz de dar una solución única (prórroga forzosa) para todos los casos⁵³. Pero insisto también en que, una vez desaparecida la prórroga forzosa todo-terreno de la LAU 1964, no veo razón para insistir en que la venta es lo mismo que la venta en pública subasta, cuando esto no parece que sea así con los datos normativos en la mano⁵⁴.

En efecto, ese dato que acabamos de destacar en el epígrafe anterior de que la ejecución produce un resultado distinto (por la necesaria extinción de las cargas y derechos derivados de la titularidad claudicante del hipotecante) deja ver con toda claridad las diferencias entre venta y venta en pública subasta de ejecución de una hipoteca: no hay transmisión realizada por el titular del bien que pueda explicar este fenómeno de extinción de cargas. Es decir,

⁵² Para esto, muy claramente AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), pp. 1024-1026.

⁵³ Por curiosidad, se puede recoger aquí la muy amplia fórmula que empleaba el Código argentino de Vélez Sarsfield para regular, de manera muy distinta, la cuestión que regula nuestro artículo 1571 CC. Decía el antiguo artículo 1532 CC Arg. «Enajenada la finca arrendada por *cualquier título jurídico que sea*, la locación subsiste durante el tiempo convenido» (cursivas añadidas). Hasta donde se me alcanza, el legislador español de las sucesivas versiones LAU no ha llegado a probar suerte con esta formulación tan amplia (para, sin embargo, apellidar la «enajenación») a la hora de diseñar el supuesto de hecho en las distintas versiones de la prórroga forzosa.

⁵⁴ MIQUEL (2018), p. 31 recoge el voto particular del Ilmo. Sr. Ferrándiz Gabriel a la STS 987/2014, de 21 enero 2014, que está manejando estas mismas ideas:

«Advierto en la sentencia 842/2013, más que un rechazo, una velada inclinación a considerar la subasta como una especie de venta. Si en el fondo es lo que me parece formulo respetuosos reparos a la calificación, pues, cualquiera que hayan sido los precedentes normativos –localizados, sobre todo, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: *artículos 1498, 1513, 1514*, antes de la reforma por la Ley 10/1992, 1515...– y las opiniones doctrinales favorables a la misma, me parece evidente que la subasta nada tiene que ver con un negocio jurídico que, como expresión de la autonomía de la voluntad de quien lo celebra, regule la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Entiendo que, aunque su función sea permutar cosa por dinero y provocar, en su caso, un cambio de titularidad con adquisición derivativa, la subasta no constituye un negocio jurídico bilateral de obligación dirigido a preparar una nueva titularidad en el derecho, sino, simplemente, una transmisión forzosa impuesta por el Estado al ejecutado, para satisfacer el derecho del acreedor ejecutante. Ciertamente la adquisición del bien subastado es voluntaria para el mejor postor, pero esto no basta para mantener aquella calificación. Propiamente la subasta constituye un acto jurídico complejo, de naturaleza procesal y ejecutiva, cuya finalidad es realizar el valor de un bien para satisfacer al acreedor del ejecutado. Entiendo que ésta era una buena oportunidad para depurar conceptos y dejar clara la idea» (cursivas añadidas).

no está en manos del hipotecante ejecutado, en tanto transmitente, obtener ese resultado por sí mismo⁵⁵.

Ese mismo efecto deja ver también lo distinto que es el papel del ejecutado, respecto de la transmisión en sí que efectivamente ocurre en favor del adjudicatario⁵⁶. Su papel es simplemente pasivo, porque es un juez el que dispone la operación y, por otro lado, es el acreedor hipotecario quien ha puesto en marcha la actuación del juez, al actuar el derecho de disposición que la hipoteca le otorgaba sobre la finca hipotecada en la situación en que dicha finca estuviera en el momento de constitución de la hipoteca. Lo explica muy claramente Ginot: «En la relación que se constituye con la venta forzosa no se puede eliminar la presencia del acreedor, sobre cuya posición jurídica y no sólo sobre la del deudor se modela la derivada relación jurídica del adjudicatario».

Esa explicación de Ginot deja ver, además, que no puede decirse que exista una relación de causalidad entre la salida del bien del patrimonio ejecutado y la entrada de ese bien en el patrimonio del adjudicatario, relación que existe –sin duda– en los casos de venta⁵⁷. En el caso de la subasta de ejecución de la hipoteca el bien es el mismo que estaba en manos del deudor, pero su situación jurídica ha de retrotraerse al momento de constitución de la hipoteca, por necesidades derivadas de la simple función de garantía de la hipoteca. Pensar en que esto se pueda explicar partiendo de la idea de transmisión voluntaria del bien desde el ejecutado hasta el adjudicatario no es realista. García García lo formula diciendo que «la adquisición del adjudicatario no supone subrogación, sino «pérdida» del derecho del anterior propietario y nueva adquisición por su

⁵⁵ Esa idea ha sido muy influyente en la doctrina. Véase, por ejemplo, CARRASCO PERERA *DPC* (1994), p. 241; ESTRADA ALONSO *RCDI* (1989), pp 429-430, entre otras; POVEDA BERNAL *RCDI*, (1999), p. 937. Ideas similares también en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001), p. 183. En cambio, AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1025 (pero cfr. p. 1026), en un argumento inverosímil y que creo que en realidad no necesitaba para su argumento basado en la fuerza de la ley, discute ese dato normativo que creo esencial diciendo, «Si la diferencia entre ambos actos es grande en su estructura, resulta menor en sus efectos. El adquirente en la subasta judicial se coloca en el lugar del anterior dueño, *si bien* queda la finca libre de la hipoteca ejecutante y de las cargas posteriores» (cursivas añadidas). Este mismo autor señala ahí que en la venta forzosa no se aplican las reglas sobre vicios de la voluntad, ni la evicción ni el derecho de retracto y añade «etc.»

⁵⁶ GINOT DE LOBATERAS *ADC* (1955) p. 1178 pone otro ejemplo de las diferencias entre transmisión de la finca y la ejecución de la hipoteca aludiendo al art 123 LH. Según ese precepto que está manejando este autor, la ejecución hipotecaria desconoce la segregación o agrupación de fincas hechas por el hipotecante tras la constitución de la hipoteca. Está claro que el dueño no podría transmitir por venta la finca agregada a otra finca de la que no fuera dueño.

⁵⁷ Negado por AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1024, frente a GINOT DE LOBATERAS *ADC* (1955) p. 1218, al que sigue POVEDA BERNAL *RCDI*, (1999), p. 937.

parte⁵⁸. Por su lado, Ginot lo explica trazando una analogía con el usufructo, que recogeré inmediatamente.

Este epígrafe se puede cerrar con otra formulación precisa de Ginot: «Por consiguiente, y ésta es la conclusión que interesa, el derecho del adjudicatario se apoya no sólo sobre el derecho del vendedor, sino también sobre el derecho del acreedor hipotecario. Se apoya en el derecho del vendedor, en cuanto el adjudicatario adquiere el derecho por virtud de pertenecerle a aquél, y se apoya en el derecho del acreedor en cuanto el derecho de éste supone el bloqueo de la actividad jurídica efectiva del ejecutado desde el momento en que fue constituido y en cuanto el impulso que provoca la venta forzosa proviene precisamente de dicho acreedor canalizado a través del derecho de éste»⁵⁹.

4. UNA CIERTA ANALOGÍA ENTRE LA POSICIÓN COMO ARRENDADORES DEL USUFRUCTUARIO Y DEL HIPOTECANTE

Lo explicado en los epígrafes anteriores se puede completar trazando una analogía entre la posición del usufructuario que da en arriendo urbano la cosa usufructuada y el hipotecante que da su finca en hipoteca. Es una construcción que ofrece también GINOT y que me parece que también merece ser tenida en cuenta, aunque sólo sea desde un punto de vista histórico⁶⁰.

Este autor escribe bajo la LAU 1946 y defiende que la prórroga forzosa –contenida entonces en el artículo 70 LAU 1946– no puede ser la consecuencia jurídica de los casos en que se ejecuta una hipoteca⁶¹. Hoy en día la interpretación de ese artículo 70 no es

⁵⁸ GARCÍA GARCÍA *RCDI* (1991), p. 2237.

⁵⁹ GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955), p. 1218.

⁶⁰ AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1027 niega esta analogía. Por el contrario, SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 612 admite esa analogía sugerida por Ginot de Llobateras, a pesar de que termina defendiendo que el arrendamiento prevalece sobre la ejecución de la hipoteca. También en la misma línea sobre esta cuestión POVEDA BERNAL *RCDI*, (1999), p. 928 y ESTRADA ALONSO *RCDI* (1989), pp. 429-430, diciendo que «tanto en el caso del usufructuario como en el del deudor hipotecario el cambio de titularidad del bien urbano se produce por necesidad jurídica, con ausencia total de voluntariedad por parte del arrendador con derecho limitado. En ninguno de los dos supuestos se hace menester de comportamiento voluntario alguno. El usufructuario va a perder su derecho por el mero transcurso del tiempo o cumplimiento de la obligación y el deudor hipotecario por el incumplimiento de su obligación y posterior ejecución hipotecaria.»

⁶¹ El artículo 70 LAU 1946 establecía: «Sea cual fuere la fecha de su edificación u ocupación, y tanto en las viviendas como en los locales de negocio, *aunque cambie el dueño o titular arrendador*, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato de arrendamiento, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes» (cursivas añadidas).

muy interesante, pero la construcción de Ginot sigue teniendo interés, en la medida en que el TS sigue insistiendo en esa equiparación entre venta y venta forzosa en la STS que me ha dado ocasión de escribir estas líneas⁶².

Si recordamos que el supuesto de la extinción del usufructo fue el primero que se planteó como problemático bajo las legislaciones de arrendamientos urbanos más antiguas, podemos entender que Ginot empiece explicando que no hay analogía posible entre un fenómeno de sucesión derivativa y el fenómeno de extinción del usufructo por consolidación⁶³.

La diferencia fundamental consiste en que, en la operación de venta, están presentes los sujetos que promueven la operación, con lo que ellos mismos pueden –lógicamente– afectar sus propias esferas jurídicas. Por el contrario, la consolidación del usufructo no es algo que se haya buscado de propósito y ante lo cual los afectados puedan decidir libremente por sí mismos, sino que el fenómeno de la consolidación es algo que simplemente «sucede». Por ello, la presencia de los intereses del arrendatario en cada situación plantea problemas distintos.

En la venta, como la operación es voluntaria, el comprador y el vendedor tendrán en cuenta el arrendamiento existente y el tipo de arrendamiento de que se trate. En el marco de juego del Código Civil, las partes pactarán sabiendo que el contrato se extinguirá –ex artículo 1571, venta quita renta– y que, entonces, el vendedor/arrendador va a tener que indemnizar al arrendatario a menos que el comprador se comprometa a respetar dicho arrendamiento («salvo pacto en contra», dice que el art. 1571 CC)⁶⁴. Es decir, ajustarán precio y condiciones con ese dato de partida en mente. En el marco de la LAU 1946 bajo la que escribe Ginot, (igual que sucedía luego bajo la LAU 1957 y la LAU 1964, al menos hasta el llamado Decreto Boyer de 1985), comprador y vendedor también pactarán, pero sabiendo que el contrato pervivirá en todo caso –como si se tratara de la venta de una propiedad gravada con un derecho real inscrito– lo que también tendrá claramente un reflejo en el precio y condiciones de la venta⁶⁵. Digamos que el escollo de

⁶² El FD. 4.5 de esa STS es especialmente claro en este sentido, como antes habíamos señalado.

⁶³ Para el diagnóstico doctrinal que se hace en el texto, véase GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955) p. 1195.

⁶⁴ En la doctrina, está claro que ese «pacto en contra» es un pacto contenido en el contrato de venta. Véase, por todos, un autor tan antiguo como MUCIUS SCAEVOLA (1908), p. 669 y una autora reciente como JIMÉNEZ PARÍS *RCDI* (2015), p. 1645. Por su lado, ACHÓN BRUÑÉN *RCDI* (2004), p. 23 destaca que ese pacto resulta «impensable» en la adjudicación hipotecaria.

⁶⁵ También MIQUEL (2018), p. 4 se fija en esta cuestión.

la presencia de los intereses del arrendatario, tercero en el contrato de compraventa, es tenido en cuenta ajustando cada parte del contrato su propia esfera a la regla aplicable a la operación de venta en cada regulación de los arrendamientos (CC, LAU).

Por el contrario, en los casos de consolidación, el fenómeno ocurre normalmente al margen de la voluntad de nadie⁶⁶. Lo que ocurre es que las facultades que estaban separadas del dominio vuelven a él *ipso iure* por la extinción del derecho real sobre la cosa ajena. Por ello, el discurso que acabamos de hacer en los párrafos anteriores no puede repetirse aquí. Si el legislador ordenase la continuidad del arrendamiento en caso de consolidación de la propiedad en manos del nudo propietario, nos encontraríamos con que se le estaría imponiendo al último un contrato hecho por otros (hecho por el usufructuario/arrendador y el arrendatario). En palabras de Ginot, el titular de la propiedad gravada con el derecho real que se extingue «se encuentra con la recuperación de la integridad de su derecho sin acto alguno de su voluntad y la subsistencia del arrendamiento constituye una imposición de un acto jurídico realizado por un tercero que ha dispuesto sin la intervención del titular del derecho constituyente, de la esfera de este último»⁶⁷.

Desde ese punto de vista, se ve muy bien que lo que está en juego es la autonomía privada del titular en cuyas manos se consolida el dominio, en su dimensión de respeto de la propia esfera. Por ello, cuando se resuelve el derecho del arrendador, la regla general ha de ser la de que *Resolutio iuris dantis, resolvitur ius concessum*... Es la única manera de no permitir la invasión de la esfera del titular del derecho que se consolida⁶⁸.

También me parece destacable que ésta es seguramente la mejor explicación de las posibilidades de fraude de los derechos del acreedor hipotecario y/o del adjudicatario que muchos autores han señalado en este debate, por mucho que el fraude ya no sea tan atractivo una vez que ha desaparecido la prórroga forzosa⁶⁹. Creo

⁶⁶ GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955), p. 1186 contrapone transmisión y cambio de titularidad por «necesidad jurídica». La idea ha tenido mucho éxito y, como señalamos, se ve incluso en la STS que comentamos. Para la influencia de esta idea, se puede ver, por todos LASARTE ÁLVAREZ (1992), p. 16.

⁶⁷ GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955), p. 1200.

⁶⁸ Creo que también es muy valiosa la idea de GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955), p. 1174 (entre otras) de que, cuando el legislador excepcionalmente limita el efecto *ipso iure* de la regla *Resolutio iuris dantis*, siempre tiene buen cuidado en poner límites al poder de disposición sobre la esfera ajena que estaría reconociendo en tales casos. Así el artículo 1520 CC, sobre el derecho de retracto convencional, establece que el propietario que retrae sólo tiene que pasar por los contratos celebrados «de buena fe y según costumbre del lugar». La misma idea creo que subyace en el artículo 114.12 LAU 1964 y su referencia a los arrendamientos «notoriamente gravosos» para el arrendador que se subroga.

⁶⁹ Véase ROJO AJURIA (1995), pp. 190-191, destacando esa idea de que bajo la LAU 1994, el fraude ya no es tan atractivo. También se puede ver DE LA PUENTE DE

que precisamente este asunto del fraude era el inconveniente que tenía la solución de extender la prórroga forzosa LAU 1964 a los casos de ejecución de la hipoteca: parece lógico que se produzcan esos abusos, cuando se reconoce a arrendador y arrendatario la posibilidad de afectar la esfera del nudo propietario o del adjudicatario de la subasta de ejecución de la hipoteca. De hecho, el supuesto de fraude era tenido especialmente en cuenta por los autores que defendían esa interpretación amplia de la prórroga forzosa que ha existido al menos desde los años 1930 y no a otra cosa está atendiendo el legislador en el artículo 57 LAU 1964 cuando prevé la posibilidad de liberarse del arrendamiento concertado por el usufructuario en condiciones notoriamente gravosas⁷⁰.

Bien está que esto de permitir o no decisiones sobre esfera ajena sea cuestión importante para el arrendamiento consentido por el usufructuario cuando se extingue el usufructo, pero no está claro qué puede aportar eso desde el punto de vista de la ejecución de la hipoteca y el arrendamiento urbano posterior a dicha hipoteca. Por ello, merece la pena recoger ahora algunas explicaciones que Ginot añade para aproximar la situación del usufructuario a la situación del propietario hipotecante. Son explicaciones que pueden resultar contraintuitivas en una primera

ALFARO (1996), p. 24; POVEDA BERNAL *RCDI*, (1999), p. 948; ACHÓN BRUÑÉN *RCDI* (2004), p. 23; por su lado, MARÍN LÓPEZ/COLÁS ESCANDÓN (2013), p. 27 destacan que ese tipo de fraude puede tener relevancia penal.; ESTRADA ALONSO *RCDI* (1989), p. 412 sugiere, incluso, que el ejecutado se veía tentado a cobrar al arrendatario por el arrendamiento que pactaba en condiciones favorables para el segundo, cuando veía próxima la ejecución de la hipoteca. Con todo, según AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1029, la sangre no llega al río porque –cuando escribía este autor– sólo se daban hipotecas sobre fincas más valiosas que el préstamo. Desde un punto de vista procesal, MARÍN CASTÁN et al. (2015), p. 3144.

Por su lado, GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955), p. 1208 alude a las posibilidades de fraude, precisamente, cuando habla de las diferencias entre venta y adquisición de derechos (en sentido amplio) por consolidación como forma de extinción del derecho real. En este contexto, se ha estudiado muchas veces la posibilidad de incluir en la escritura de préstamo hipotecario el pacto de no arrendar. Por todos, SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), pp. 591 y ss, y, bajo la LAU 1994, MARÍN LÓPEZ/COLÁS ESCANDÓN (2013), p. 29. Sobre el alcance sólo obligatorio de tal pacto MORALES MORENO (1998), pp. 16 y 18, LASARTE ÁLVAREZ (1992), p. 15. Defendiendo la nulidad del pacto de vencimiento anticipado de la obligación a causa del arrendamiento pactado por el hipotecante, GARCÍA GARCÍA *RCDI* (1991), p. 2240.

⁷⁰ Desde la opinión favorable a la subsistencia del arrendamiento, se puede ver en AMORÓS GUARDIOLA *ADC* (1961), p. 1027, un ejemplo de insistencia en la idea de fraude... pero señalando que la buena fe se presume. En p. 1032 insiste en la necesidad de probar intención de perjudicar para poder basar un argumento en la idea de abuso de derecho. Sobre la idea de fraude, entre otros muchos, GINOT DE LLOBATERAS *ADC* (1955), p. 1208, MIQUEL (2018), p. 29, entre otras, DE LA PUENTE DE ALFARO (1996), p. 24. Aunque nos llevaría quizá demasiado lejos, apunto aquí la atractiva idea de PUJOL CAPILLA *RDCI* (1993), p. 397 que pone en foco en la importancia de la certeza de la fecha para evitar las situaciones de fraude. La idea se puede poner en relación con el art. 55.2 LAU 1964 (cfr. art. 25.5 LAU 1994) y la obligación de declarar la existencia de arrendamientos en la escritura de venta, como hace SABATER BAYLE, *RCDI* (1993), p. 658.

aproximación, en la medida que se aproxima la situación del propietario hipotecante a la del usufructuario (y no a la del nudo propietario), pero que creo que permiten tener una idea clara sobre el funcionamiento de la hipoteca y los efectos de su ejecución sobre los arrendamientos.

Según este autor, de la misma manera que el propietario se desprende de las facultades de uso y las pone en manos del usufructuario al constituir ese derecho real, el propietario hipotecante se desprende de su facultad de disponer y la pone en manos del acreedor hipotecario, quien podrá ejercitar esa facultad por medio de un *ius distrahendi* implícito en su posición (art. 1876 CC) si llega el caso de que el deudor incumpla⁷¹. Por otro lado, el usufructuario tiene un derecho limitado en sí mismo (como derecho real limitado que es) y, en consecuencia, también es limitado en relación con el tiempo; de la misma manera, también el derecho del propietario hipotecante tiene ese mismo carácter de situación transitoria, al estar sometido al *ius distrahendi* del acreedor hipotecario. El usufructuario no lo puede hacer todo respecto del bien sobre el que su derecho recae y tampoco puede hacerlo todo el hipotecante. Ambos son titulares de una posición claudicante y con facultades limitadas⁷². Por ello, de la misma manera que el arrendamiento constituido por el usufructuario no puede, en principio y conforme a las reglas generales, sobrevivir a la extinción del derecho del arrendador (nadie puede dar más que lo que le pertenece; el arrendador puede –todo lo más– conceder un derecho sometido a los mismos límites temporales que el propio derecho en el que el primero se sustenta), el arrendamiento otorgado por el propietario hipotecante tampoco puede sobrevivir al ejercicio del *ius distrahendi* realizado por el acreedor hipotecario. Cuando se extingue el usufructo, la nuda propiedad se reintegra ipso iure; lo mismo ocurre cuando se ejercita el *ius distrahendi* por parte del acreedor hipotecario, la propiedad se reintegra ipso iure (derecho de goce y derecho de disposición) en manos del adjudicatario.

⁷¹ Hablando de la facultad de disponer en general, esta idea es vista con simpatía por Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, III, p. 841.

⁷² GINOT DE LLOBATERAS ADC (1955), p. 1025 explica muy bien, para defender que el hipotecante ocupa una posición análoga a la del usufructuario o el heredero fiduciario condicional al que se le ha cumplido la condición, que «el que exista incertidumbre durante la subsistencia de la hipoteca sobre si habrá o no incumplimiento no altera en lo más mínimo la situación del propietario, en el caso de que exista tal incumplimiento y se ejecute la hipoteca». Los tres sujetos mencionados, pues, han de compartir el mismo fin cuando se enfrenten a la desaparición de su derecho y nos preguntemos por la suerte de los arrendamientos concertados por ellos. ESTRADA ALONSO RCDI (1989), p. 423 y POVEDA BERNAL RCDI, (1999), p. 928, en la misma línea de Ginot de Llobateras.

V. CONCLUSIONES

1. En la actualidad, está claro que el arrendamiento para UDV sobre finca previamente hipotecada se va a ver sustancialmente afectado si llega el momento de la ejecución de esa hipoteca, por aplicación de las reglas del Derecho civil general. Son reglas que habían permanecido en buena medida ocultas –y hasta oscurecidas en su interpretación– por el peso imponente de la legislación tradicional sobre arrendamientos urbanos, pero que ahora pueden volver a funcionar con normalidad, una vez dictada la STS 783/2021 de 15 de noviembre.

Esta STS ha justificado –creo que de manera convincente– la imposibilidad de extender para estos casos de ejecución de la hipoteca sobre finca posteriormente arrendada para UDV las reglas que la LAU 1994 había previsto para la «resolución» del derecho del arrendador de «vivienda» (art. 13 LAU), en primer lugar, y la imposibilidad también de extender las reglas que esa LAU había previsto para los casos de «enajenación» del local destinado a UDV (art. 29), en segundo lugar.

Sin embargo, una vez que estamos ya en el juego normal de esas reglas generales y sabemos que el arrendamiento para UDV –una vez desprotegido por la LAU 1994 ante la ejecución de la hipoteca anterior– no le va a ser oponible al adjudicatario, creo que el mecanismo preferible para articular la solución se encuentra, simple y llanamente, en el funcionamiento normal y dogmáticamente correcto de la hipoteca, tal como aparece regulada en el Código Civil, en la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, se puede ver con claridad que la venta de una finca no es lo mismo que la venta de una finca en pública subasta de ejecución de una hipoteca, como parece creer la mencionada STS 783/2021, al apoyarse en el artículo 1571 CC para resolver el caso que se le planteaba.

Dejando a un lado cuestiones procesales, los dos fenómenos se parecen en que la finca en cuestión termina en manos de otro y se parecen también en que, por el cambio jurídico real que los dos implican, ambos afectan de manera decisiva los intereses de los terceros que tuvieran derechos sobre la finca en cuestión (arrendatarios UDV, en nuestro caso). Pero se diferencian en todo lo demás.

Se diferencian en que, por necesidades implícitas en la definición misma de la hipoteca (art. 1876 CC), la ley limita el poder de disposición del hipotecante para que de esta forma se garantice –en caso de impago– la posibilidad de ejecutar la finca hipotecada en el estado en el que se encontrara en el momento de constitución de la hipoteca. De esas necesidades de la hipoteca, deriva también que

tienen que desaparecer del registro de la propiedad por purga todas las cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta, lo que responde al hecho de que los derechos –tanto personales, como los reales– sobre la finca construidos con posterioridad a la constitución de la hipoteca están sometidos al ejercicio de ese *ius distrahendi* básico que la hipoteca otorga al acreedor. Esto es coherente, por lo demás, con la regla más general de *Resolutio iuris dantis, resolvitur ius concessum*, que no es más que la expresión para un caso concreto de la regla básica de que no se puede dar más de lo que se tiene. Garantizar la supervivencia de alguno de esos derechos previos a la hipoteca es algo que sólo puede hacer la ley –como hacía la enérgica regulación de la LAU 1964– pero es importante ser consciente de que reconocer al arrendador y al arrendatario un poder de disposición sobre la esfera ajena (la del adjudicatario) es solución que abre necesariamente las puertas al fraude y que siempre ha de ser vista con cautelas desde el punto del Derecho privado general.

2. Por otro lado, es cierto que la opción entre las reglas del arrendamiento y las reglas de la hipoteca era cuestión de vida o muerte cuando las primeras eran las reglas del arrendamiento sometido a la legislación especial sobre arrendamiento urbanos, especialmente, si se trataba de las reglas de la LAU 1964 que incluían una enérgica regulación de la prórroga forzosa. Pero hoy en día las cosas ya no son tan tremendas, porque no hay que elegir entre soluciones antagónicas: la alternativa es aplicar las soluciones del arrendamiento o las de la hipoteca contenidas en un mismo cuerpo legal.

Según las reglas del Código Civil, tanto el régimen previsto en la regulación del contrato de arrendamiento (venta quita renta del art. 1571 CC) como el régimen de la hipoteca (art. 1876 CC, más art. 134 LH y art 674 LEC) afectan esencialmente al destino del arrendatario, porque el arrendador ya no va a continuar siendo el propietario de la finca arrendada y, por ello, no va a poder garantizarle la posesión de la finca. Sin embargo, mientras el art. 1571 CC ofrece una solución que podríamos llamar «contractual» o «personal» y que está basada en la continuidad del contrato, pero concediendo al comprador una facultad para ponerle fin que arranca de la idea de que las partes del contrato de compraventa pueden ajustarse mediante pacto a la situación que exista en cada caso, el artículo 1876 CC ofrece una base segura para alcanzar una solución que podríamos llamar «real» y que es capaz de atender a todas las necesidades que plantea especialmente la ejecución de la hipoteca. A defender –o recordar– esta solución real es a lo que he dedicado estas páginas, que terminan aquí.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», *RCDI*, 2004, p. 11-52 (pero cito por el número de página de un documento en pdf descargado con vLex).
- «Ejecución de la vivienda habitual embargada o hipotecada», *Revista de Jurisprudencia Lefebvre*, 2022-33, pp. 2-15.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca», *ADC*, 1961, pp. 1012-1034.
- AZOFRA, Francisco y MALKKI, Sonia: «La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», *RCDI*, 2005, pp. 525-538 (pero cito por el número de página de un documento en pdf descargado con vLex).
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: *La venta de la finca arrendada*, Madrid, 1998.
- BERCOVITZ, Rodrigo: «Comentario al artículo 29», en *Comentarios a la LAU*, 2013, pp. 1-6 (pero cito por el número de página de un documento en pdf descargado con Aranzadi-Insignis)
- BROCÁ-MAJADA CORBAL: *Práctica procesal civil*, VIII, 23 ed. Barcelona, 2014.
- CARRASCO PERERA, Á: «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección (A propósito de la STC, 6/1992, de 13 de enero)», *Derecho Privado y Constitución*, 1994-I, p. 228;
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, 1998.
- DORAL, José Antonio: «La conservación de la finca hipotecada», *RDP*, 1962, pp. 500-512.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», *RCDI*, 989, pp. 411-433.
- FÍNEZ, José María: «Comentario al artículo 29», en F. Pantaleón (dir.), *Comentarios a la LAU*, Madrid, 1995, pp. 335-340.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia de 23 de febrero de 1991)» *RCDI*, 1991, pp. 2225-2259.
- GIMENO SENDRA, Vicente: (dir.) *Proceso civil práctico*, III-2, Madrid, 2018.
- GINOT DE LLOBATERAS, Francisco: «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», *ADC*, 1955, pp. 1167-1226.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Notas sobre el arrendamiento para uso distinto del de vivienda en la nueva LAU», en J. ALFARO et al. *Estudios en homenaje a Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, 2015, pp. 1643-1664.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Madrid, 1992.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: «Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducido por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre» *RCDI*, 1994, pp. 131-168.
- LÓPEZ JACOISTE, José Javier: «El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario», *ADC*, 1956-I, pp. 1235-1265.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Comentarios al artículo 1571», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al CC y a las Compilaciones Forales*, XX-I, Madrid, 1992 (cito de un documento en pdf descargado en vLex).
- MANRESA, José María: *Comentarios al CC español*, X, 3.^a ed. Madrid, 1919.

- MARÍN CASTÁN et al. *Comentarios a la LEC*, III, Valencia, 2015.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José y COLÁS ESCANDÓN Ana María: Comentarios al artículo 13 de la LAU», en R. BERCOVITZ, *Comentarios a la LAU*, 2013 (cito de un documento en pdf descargado en Aranzadi Insignis).
- MAS BADÍA, María Dolores: «Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, 2014, pp. 3049-3107.
- MIQUEL, José María: «Arrendamiento y ejecución hipotecaria: la suerte del arrendamiento para uso distinto del de vivienda tras la ejecución de la finca hipotecada», *RDPat*, 2018-46, pp. 1-35 (pero cito por el número de página de un documento en pdf descargado con Aranzadi-Insignis).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Prólogo», en el libro ya citado de P. BENAVENTE MOREDA -, *La venta de la finca arrendada*, Madrid, 1998.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil Concordado y Comentado*, XXIV, Madrid, 1908.
- DEL OLMO, Pedro: «La ejecución de la hipoteca sobre local arrendado: un paso adelante», *Almacén de Derecho*, febrero 2022.
- PAU PEDRÓN, Antonio: *El nuevo arrendamiento urbano*, Madrid, 1996.
— *La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, 1995.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales*, II, Madrid, 2001.
- PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: *La tutela aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, 2005.
- PÉREZ GURREA, Rosana: «Análisis jurisprudencial de los efectos que produce la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *RCDI*, 2006, pp. 1215-1221.
- PÉREZ GURREA, Rosana: «La resolución del derecho del arrendador y la enajenación de la vivienda arrendada en la Ley 29/1994 y su nuevo régimen tras la Ley 4/2013», *RCDI*, 2014, pp. 1444-1464.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones», *RCDI*, 1999, pp. 897-950.
- DE LA PUENTE DE ALFARO, Fernando: *El arrendamiento urbano frente a terceros*, Barcelona, 1996.
- PUJOL CAPILLA, Purificación: «Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad», *RDCI*, 1993, pp. 393-409.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Ramón María y BERNÁ XIRGO, Joan: *Derecho hipotecario*, X, 9.ª ed. Barcelona, 2008.
- ROJO AJURIA, Luis: «Comentario al artículo 13», en F. PANTALEÓN (dir), *Comentarios a la LAU*, Madrid, 1995, pp. 183-202.
- SABATER BAYLE, Isabel: «Arrendamientos y finca hipotecada», *RCDI*, 1993, pp. 551-617.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *La hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS de 5 de febrero de 1945 (RJ 502).
STS 22 de diciembre de 1945 (RJ 1305).
STS 22 de mayo de 1963 (RJ 3587).

STS 19 de febrero de 1968 (RJ 1153).
STS 31 de octubre de 1986 (RJ 6022).
STS 23 de diciembre de 1988 (RJ 9814).
STS 17 de noviembre de 1989 (RJ 7890).
STS 9 de junio de 1990 (RJ 4749).
STS 23 de febrero de 1991 (RJ 1591).
STS 6 de mayo de 1991 (RJ 3566).
STS 23 de junio de 1992 (RJ 45658).
STS 20 de abril de 1995 (RJ 3485).
STS 9 de mayo de 1996 (RJ 3784).
STS 14 de junio de 1997 (RJ 4658).
STS 987/2014, de 21 de enero.
STS 783/2021, de 15 de noviembre.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA OTERO CRESPO

Profesora contratada doctora de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

JULIA AMMERMAN YEBRA

Investigadora posdoctoral de Derecho civil
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. «Legislación». A) Normativa Vigente. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Protección de datos. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Derecho de Familia. Protección de Datos.–II. «Procedimientos Jurisdiccionales». Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Sucesiones. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

- 1. Decisión (UE) 2022/1206 del Consejo, de 12 de julio de 2022, relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil, DOUE, L, núm. 187, de 14 de julio de 2022.**
- 2. Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil o mercantil, DOUE, L, núm. 187, de 14 de julio de 2022.**

COOPERACIÓN JUDICIAL

3. **Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726 (1), DOUE, L, núm. 150, de 1 de junio de 2022.**

DERECHO DE CONSUMO

4. **Decisión (UE) 2022/589 de la Comisión, de 6 de abril de 2022, por la que se establecen la composición y las disposiciones operativas para la creación del Grupo de Coordinación de la Comisión sobre Pobreza Energética y Consumidores Vulnerables, DOUE, L, núm. 112, de 11 de abril de 2022.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

5. **Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (1), DOUE, L, núm. 65, de 11 de mayo de 2022.**

PROTECCIÓN DE DATOS

6. **Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos), DOUE, L, núm. 152, de 3 de junio de 2022.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

7. **Reglamento de Ejecución (UE) 2022/732 de la Comisión, de 12 de mayo de 2022, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 31 de marzo de 2022 y el 29 de junio de 2022 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, DOUE, L, núm. 136, de 13 de mayo de 2022.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

8. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2021, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2018-2020 [2021/2020(INI)], DOUE, C, num. 251, de 30 de junio de 2022.**

DERECHO DE CONSUMO

9. **Notificación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva (1), DOUE, C, núm. 283, de 25 de julio de 2022.**

DERECHO DE FAMILIA

10. **Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños [2019/2166(INI)], DOUE, C, núm. 132, de 24 de marzo de 2022.**

PROTECCIÓN DE DATOS

11. **P9_TA(2021)0487, Equipos conjuntos de investigación: aproximación con las normas de la UE sobre protección de datos personales ***I, Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2021, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo en lo que respecta a su alineamiento con las normas de la UE sobre protección de datos personales [COM(2021)0020 – C9-0005/2021 – 2021/0008(COD)], DOUE, C, núm. 251, de 30 de junio de 2022.**
12. **P9_TC1-COD(2021)0008, Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 14 de diciembre de 2021 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2022/... del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo en lo que respecta a su aproximación a las normas de la Unión sobre protección de datos de carácter personal, DOUE, C, núm. 251, de 30 de junio de 2022.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

13. **Asunto C-62/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 1 de febrero de 2022 – IA / DER Touristik Deutschland GmbH, DOUE, C, núm. 165, de 19 de abril de 2022.**
14. **Asunto C-87/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 9 de febrero de 2022 – TT / AK, DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.**
15. **Asunto C-304/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Alemania) el 10 de mayo de 2022 – PM / Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung, DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.**
16. **Asunto C-343/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 27 de mayo de 2022 – PT / VB, DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.**

COOPERACIÓN JUDICIAL

17. **Asunto C-20/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 3 de febrero de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main – Alemania) – JW, HD, XS / LOT Polish Airlines [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 1, letra b), segundo guion – Competencia especial en materia contractual – Concepto de «lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda» – Contrato de prestación de servicios – Transporte aéreo – Vuelo caracterizado por una única reserva confirmada y realizado en varios trayectos por dos transportistas aéreos distintos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos – Artículo 7 – Derecho a compensación – Retraso en el primer trayecto – Demanda de compensación dirigida contra el transportista aéreo encargado del primer trayecto ante el órgano jurisdiccional del lugar de llegada de este], DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.**
18. **Asunto C-498/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 10 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Midden-Nederland – Países Bajos) – ZK, en su condición de sucesor de JM, administrador concursal de BMA Nederland BV / BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt**

AG [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 2 – Competencia judicial en materia delictual o cuasidelictual – Acción ejercitada por un síndico contra un tercero en interés de los acreedores – Lugar en el que se ha producido el hecho dañoso – Artículo 8, punto 2 – Demanda de intervención en defensa de intereses colectivos – Reglamento (CE) núm. 864/2007 – Ámbito de aplicación – Regla general], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.

19. Asunto C-568/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – J / H Limited [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Ámbito de aplicación – Artículo 2, letra a) – Concepto de «resolución» – Requerimiento de pago adoptado en otro Estado miembro tras el examen SUMARIO y contradictorio de una resolución dictada en un Estado tercero – Artículo 39 – Fuerza ejecutiva en los Estados miembros], DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
20. Asunto C-645/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – V A, Z A / TP [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 10 – Competencia subsidiaria en materia de sucesiones *mortis causa* – Residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento situada en un Estado no vinculado por el Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Causante nacional de un Estado miembro que tiene bienes en ese Estado miembro – Obligación del tribunal de dicho Estado miembro requerido para conocer del asunto de examinar de oficio los criterios de su competencia subsidiaria – Nombramiento de un administrador de la herencia], DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
21. Asunto C-644/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Poznaniu – Polonia) – W. J. / L. J. y J. J., legalmente representados por A. P. (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligaciones alimenticias – Determinación de la ley aplicable – Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias – Artículo 3 – Residencia habitual del acreedor – Momento en el que se determina la residencia habitual – Retención ilícita de un menor), DOUE, C, núm. 257, de 4 de julio de 2022.
22. Asunto C-617/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de junio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen – Alemania) – T. N., N. N. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Medidas relativas al Derecho de sucesiones – Regla-

mento (UE) núm. 650/2012 – Artículos 13 y 28 – Validez de la declaración relativa a la renuncia a la herencia – Heredero que tiene su residencia en un Estado miembro distinto de aquel del tribunal competente para pronunciarse sobre la sucesión – Declaración realizada ante el tribunal del Estado miembro de residencia habitual de ese heredero], DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.

23. Asunto C-196/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de junio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Ilfov – Rumanía) – SR / EW [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales – Reglamento (CE) núm. 1393/2007 – Artículo 5 – Traducción del documento – Asunción de los gastos de traducción por el requirente – Concepto de «requirente» – Traslado, a iniciativa del tribunal que conoce del asunto, de documentos judiciales a las partes coadyuvantes en el procedimiento], DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.
24. Asunto C-339/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea Hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Suecia) el 24 de mayo de 2022 – BSH Hausgeräte GmbH / Electrolux AB, DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.
25. Asunto C-700/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Commercial Court) (Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, Sala de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo, Sección de lo Comercial) – Reino Unido] – London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited / Kingdom of Spain [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro – Motivos de denegación del reconocimiento – Artículo 34, punto 3 – Resolución inconciliable con una resolución dictada previamente entre las mismas partes en el Estado miembro requerido – Requisitos – Observancia, por parte de la resolución dictada previamente en los términos de un laudo arbitral, de las disposiciones y de los objetivos fundamentales del Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 34, punto 1 – Reconocimiento manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido – Requisitos], DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.
26. Asunto C-652/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 30 de junio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București – Rumanía) – HW, ZF, MZ / Allianz Elementar Versicherungs AG [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia en materia de seguros – Artículo 11, apartado 1, letra b) – Acción entablada por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario – Posibilidad de demandar al asegurador ante el órgano jurisdiccional del lugar donde

tenga su domicilio el demandante – Determinación de la competencia internacional y territorial de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro – Artículo 13, apartado 2 – Acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador – Asegurador domiciliado en un Estado miembro, y que posee un establecimiento en otro Estado miembro, demandado ante el órgano jurisdiccional en cuya demarcación se encuentre dicho establecimiento], DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.

27. Asunto C-7/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de julio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bezirksgericht Bleiburg – Austria) – LKW WALTER Internationale Transportorganisation AG / CB, DF, GH [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Notificación y traslado de documentos – Reglamento (CE) núm. 1393/2007 – Artículo 8, apartado 1 – Plazo de una semana para ejercer el derecho a negarse a aceptar el documento – Auto de ejecución forzosa dictado en un Estado miembro y notificado en otro Estado miembro únicamente en la lengua del primer Estado miembro – Normativa del primer Estado miembro que establece un plazo de ocho días para formular oposición contra dicho auto – Plazo de oposición que comienza a correr al mismo tiempo que el plazo establecido para ejercer el derecho a negarse a aceptar el documento – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Derecho a la tutela judicial efectiva], DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

28. Asunto C-485/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de febrero de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État – Bélgica) – XXXX / HR Rail SA (Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Prohibición de discriminación por motivo de discapacidad – Despido de un trabajador declarado definitivamente no apto para desempeñar las funciones esenciales de su puesto de trabajo – Agente que desarrolla un período de prácticas en el marco de su contratación – Artículo 5 – Ajustes razonables para las personas con discapacidad – Obligación de cambio de puesto – Admisión siempre que no constituya una carga excesiva para el empresario), DOUE, C, núm. 148, de 4 de abril de 2022.

DERECHO DE CONSUMO

29. Asunto C-717/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich (Polonia) el 26 de noviembre de 2021 – Provident Polska S. A. / VF, DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.

30. **Asunto C-6/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Polonia) el 4 de enero de 2022 – M. B., U. B., M. B. / X S. A., DOUE, C, núm. 158, de 11 de abril de 2022.**
31. **Asunto C-536/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 24 de febrero de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – «Tiketa» UAB / M. Š. (Procedimiento prejudicial – Directiva 2011/83/UE – Contratos celebrados con los consumidores – Concepto de «comerciante» – Requisitos de información de los contratos a distancia – Exigencia de facilitar la información requerida en un lenguaje claro y comprensible y en un soporte duradero), DOUE, C, núm. 165, de 19 de abril de 2022.**
32. **Asunto C-821/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 2 de Fuengirola (España) el 24 de diciembre de 2021 – NM / Club La Costa (UK) PLC, sucursal en España, CLC Resort Management LTD, Midmark 2 LTD, CLC Resort Development LTD y European Resorts & Hotels SL, DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.**
33. **Asunto C-35/22: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Málaga (España) el 17 de enero de 2022 – CAJASUR Banco S. A. / JO e IM, DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.**
34. **Asunto C-50/22: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d’appel de Paris (Francia) el 25 de enero de 2022 – SOGEFINANCEMENT / RW, UV, DOUE, C, núm. 191, de 10 de mayo de 2022.**
35. **Asunto C-533/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – Somogy Megyei Kormányhivatal / Upfield Hungary Kft. [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Reglamento (UE) núm. 1169/2011 – Información alimentaria facilitada al consumidor – Etiquetado – Indicaciones obligatorias – Lista de ingredientes – Denominación específica de estos ingredientes – Adición de una vitamina a un producto alimenticio – Obligación de mencionar la denominación específica de dicha vitamina – Inexistencia de obligación de mencionar la fórmula vitamínica utilizada], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.**
36. **Asunto C-82/20: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Rodez – Francia) – BNP Paribas Personal Finance SA / AN, CN [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera**

(franco suizo) – Artículo 4, apartado 2 – Objeto principal del contrato – Cláusulas que exponen al prestatario a un riesgo de tipo de cambio – Exigencias de inteligibilidad y de transparencia – Artículo 3, apartado 1 – Desequilibrio importante – Artículo 5 – Redacción clara y comprensible de una cláusula contractual], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.

37. Asunto C-472/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 31 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt. / PN (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas – Contratos de crédito – Préstamo denominado en divisas reembolsable en moneda nacional – Cláusula contractual que hace recaer en el consumidor el riesgo del tipo de cambio – Carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal del contrato – Efectos – Nulidad del contrato – Perjuicio grave para el consumidor – Efecto útil de la Directiva 93/13 – Dictamen no vinculante del tribunal supremo – Posibilidad de restablecer a las partes en la situación que les habría correspondido si no se hubiera celebrado el contrato), DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.
38. Asunto C-96/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 31 de marzo de 2022 [petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Bremen (Alemania) – DM / CTS Eventim AG & Co. KGaA (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento – Excepciones al derecho de desistimiento – Artículo 16, letra l) – Prestación de servicios relacionados con actividades de esparcimiento – Contrato que prevé una fecha o un período de ejecución específicos – Prestación de servicios de venta de entradas – Intermediario que actúa en su nombre pero por cuenta del organizador de una actividad de esparcimiento – Riesgo derivado del ejercicio del derecho de desistimiento], DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.
39. Asunto C-385/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona) – EL, TP / Caixabank, S. A. (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Directiva 93/13/CEE – Principio de efectividad – Principio de equivalencia – Procedimiento judicial que tiene por objeto la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual – Facultad de control de oficio del órgano jurisdiccional nacional – Procedimiento nacional de tasación de costas – Costas reembolsables en concepto de honorarios de abogado), DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
40. Asunto C-249/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Bottrop – Alemania) – Fuhrmann-2-GmbH / B.

(Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 8, apartado 2 – Contratos a distancia celebrados por medios electrónicos – Obligaciones de información que recaen sobre el comerciante – Activación de un botón o una función similar con el fin de efectuar el pedido con obligación de pago – Formulación correspondiente, no ambigua, a la mención «pedido con obligación de pago» – Toma en consideración únicamente de la expresión que figure en el botón o la función similar a efectos de la apreciación del carácter análogo de tal formulación), DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.

41. Asunto C-484/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 20 de Barcelona (España) el 6 de agosto de 2021 – F C C y M A B / Caixabank S. A., anteriormente Bankia S. A., DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
42. Asunto C-810/21: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 20 de diciembre de 2021 – Bankia SA / WE y XA, DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
43. Asunto C-811/21: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 20 de diciembre de 2021 – Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA / TB y UK, DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
44. Asunto C-812/21: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 20 de diciembre de 2021 – Banco Santander, SA / OG, DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
45. Asunto C-813/21: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 20 de diciembre de 2021 – OK y PI / Banco Sabadell, DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
46. Asunto C-83/22: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena (España) el 8 de febrero de 2022 – RTG / Tuk Tuk Travel S. L., DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
47. Asunto C-177/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Salzburg (Austria) el 8 de marzo de 2022 – JA / Wurth Automotive GmbH, DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
48. Asunto C-133/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 28 de febrero de 2022 – LACD GmbH / BB Sport GmbH & Co. KG, DOUE, C, núm. 222, de 7 de junio de 2022.
49. Asunto C-638/21: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 28 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Prešov – Eslovaquia) – Rozhlas a televízia Slovenska / CI (Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, y artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia –

Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Directiva 93/13/CEE – Ámbito de aplicación – Relación jurídica entre un organismo nacional de radiodifusión y una persona física sujeta al pago de un canon de radiodifusión – Inadmisibilidad manifiesta), DOUE, C, núm. 244, de 27 de junio de 2022.

50. **Asunto C-652/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 2 – León (España) el 22 de octubre de 2021 – ACNC / Unicaja Banco, SA, DOUE, C, núm. 244, de 27 de junio de 2022.**
51. **Asunto C-179/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – absoluts –bikes and more– GmbH & Co. KG / the-trading-company GmbH (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 6, apartado 1, letra m) – Contrato a distancia entre un consumidor y un comerciante – Obligación del comerciante de informar al consumidor sobre la existencia de una garantía comercial del productor, así como de sus condiciones – Condiciones en las que surge dicha obligación – Contenido de la información que debe comunicarse al consumidor sobre la garantía comercial del productor – Incidencia del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 1999/44/CE), DOUE, C, núm. 257, de 4 de julio de 2022.**
52. **Asunto C-600/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Gran) de 17 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Zaragoza) – MA / Ibercaja Banco, S. A. (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Principio de equivalencia – Principio de efectividad – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Carácter abusivo de la cláusula que establece el tipo nominal de los intereses de demora y de la cláusula de vencimiento anticipado contenidas en el contrato de préstamo – Autoridad de cosa juzgada y preclusión – Pérdida de la posibilidad de invocar ante un tribunal el carácter abusivo de una cláusula del contrato – Facultad del juez nacional de efectuar un examen de oficio), DOUE, C, núm. 266, de 11 de julio de 2022.**
53. **Asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano – Italia) – SPV Project 1503 Srl, Dobank SpA / YB (C-693/19), Banco di Desio e della Brianza SpA y otros / YX, ZW (C-831/19) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Principio de equivalencia – Principio de efectividad – Procedimientos de requerimiento de pago y de embargo a terceros – Fuerza de cosa juzgada que se extiende implícitamente a la validez de las cláusulas del título ejecutivo – Facultad del juez que conoce de la ejecución de examinar de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula), DOUE, C, núm. 266, de 11 de julio de 2022.**

54. **Asunto C-725/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Sector 2 București – Rumanía) – IO / Impuls Leasing România IFN SA (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Principio de equivalencia – Principio de efectividad – Procedimiento de ejecución forzosa de un contrato de arrendamiento financiero que tiene la condición de título ejecutivo – Oposición a la ejecución – Normativa nacional que no permite al juez que conoce de esa oposición verificar el carácter abusivo de las cláusulas de un título ejecutivo – Competencia del juez que sustancia la ejecución para examinar de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula – Existencia de una acción de Derecho común que permite el control del carácter abusivo de dichas cláusulas – Exigencia de fianza para suspender el procedimiento de ejecución), DOUE, C, núm. 266, de 11 de julio de 2022.**
55. **Asunto C-869/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – L / Unicaja Banco, S. A., anteriormente Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A. U. (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Principio de equivalencia – Principio de efectividad – Contrato hipotecario – Carácter abusivo de la «cláusula suelo» establecida en ese contrato – Normas nacionales referentes al procedimiento de apelación – Limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva – Restitución – Facultad del juez nacional de apelación de efectuar un examen de oficio), DOUE, C, núm. 266, de 11 de julio de 2022.**
56. **Asunto C-263/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) el 20 de abril de 2022 – Occidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida, SA / LP, DOUE, C, núm. 276, de 18 de julio de 2022.**
57. **Asunto C-28/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 12 de enero de 2022 – TL, WE / Getin Noble Bank S. A., DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.**
58. **Asunto C-140/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie (Polonia) el 25 de febrero de 2022 – SM, KM / mBank S. A., DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.**
59. **Asunto C-139/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie (Polonia) el 25 de febrero de 2022 – AM, PM / mBank S. A., DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.**
60. **Asunto C-170/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 30 de junio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada**

por el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – Profi Credit Bulgaria / T. I. T. (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Crédito al consumo – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 6, apartado 1 – Examen de oficio – Negativa a expedir un requerimiento de pago en caso de una pretensión basada en una cláusula abusiva – Consecuencias relacionadas con el carácter abusivo de una cláusula contractual – Derecho a restitución – Principios de equivalencia y de efectividad – Compensación de oficio), DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.

61. Asunto C-264/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 7 de julio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia / Koninklijke Philips N. V. (Procedimiento prejudicial – Directiva 85/374/CEE – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Artículo 3, apartado 1 – Concepto de «productor» – Toda aquella persona que se presenta como productor poniendo o habiendo autorizado a que pongan su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto), DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.
62. Asunto C-287/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 3 de mayo de 2022 – YQ, RJ / Getin Noble Bank S. A., DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.
63. Asunto C-321/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie (Polonia) el 5 de mayo de 2022 – ZL, KU, KM / Provident Polska S. A., DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.
64. Asunto C-326/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polonia) el 13 de mayo de 2022 – Z. sp. z o.o./A. S. A., DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.
65. Asunto C-265/22: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 17 de Palma de Mallorca (España) el 20 de abril de 2022 – ZR, PI / Banco Santander, SA, DOUE, C, núm. 326, de 29 de agosto de 2022.

DERECHO DE CONTRATOS

66. Asunto C-97/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Essen (Alemania) el 10 de febrero de 2022 – DC / HJ, DOUE, C, núm. 165, de 19 de abril de 2022.
67. Asunto C-78/22: Petición de decisión prejudicial planteada por la Vrchní soud v Praze (República Checa) el 7 de febrero de 2022 – ALD Automotive s.r.o./DY, administrador concursal de la sociedad deudora GEDEM-STAV a.s., DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.

68. **Asunto C-299/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania) el 4 de mayo de 2022 – M. D. / «Tez Tour» UAB, DOUE, C, núm. 311, de 16 de agosto de 2022.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

69. **Asunto T-286/09 RENV: Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2022 – Intel Corporation/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de los microprocesadores – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE – Descuentos por fidelidad – Restricciones «manifiestas» – Calificación de práctica abusiva – Análisis del competidor igualmente eficiente – Estrategia de conjunto – Infracción única y continua»), DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.**
70. **Asunto T-799/17: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2022 – Scania y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los fabricantes de camiones – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Acuerdos y prácticas concertadas sobre los precios de venta de los camiones, el calendario relativo a la introducción de tecnologías en materia de emisiones y la repercusión en los clientes de los costes relativos a esas tecnologías – Procedimiento «híbrido» escalonado en el tiempo – Presunción de inocencia – Principio de imparcialidad – Carta de los Derechos Fundamentales – Infracción única y continuada – Restricción de la competencia por el objeto – Alcance geográfico de la infracción – Multa – Proporcionalidad – Igualdad de trato – Competencia jurisdiccional plena»), DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.**
71. **Asunto C-267/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de junio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial – León) – AB Volvo, DAF TRUCKS NV / RM (Procedimiento prejudicial – Cártels – Artículo 101 TFUE – Directiva 2014/104/UE – Artículos 10, 17 y 22 – Acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión Europea – Plazo de prescripción – Presunción iuris tantum de perjuicio – Cuantificación del perjuicio sufrido – Transposición tardía de la Directiva – Aplicación en el tiempo – Disposiciones sustantivas y procesales), DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.**

DERECHO DE SUCESIONES

72. **Asunto C-21/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Opolu (Polonia) el 7 de enero de 2022 – OP, DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

73. **Asunto T-498/20: Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2022 – Diego/EUIPO – Forbo Financial Services (WOOD STEP LAMINATE FLOORING)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca de la Unión Europea figurativa WOOD STEP LAMINATE FLOORING – Marca internacional denominativa anterior STEP – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Libre circulación de mercancías»], DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.
74. **Asunto T-589/20: Sentencia del Tribunal General de 9 de febrero de 2022 – Calzaturificio Emmegiemme Shoes/EUIPO – Inticom (MAIMAI MADE IN ITALY)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MAIMAI MADE IN ITALY – Marca denominativa anterior de la Unión YAMAMAY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Admisibilidad de nuevos elementos de prueba – Alteración del carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.
75. **Asunto T-694/20: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2022 – Canisius/EUIPO – Beiersdorf (CCLABELLE VIENNA)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CCLABELLE VIENNA – Marca denominativa anterior de la Unión LABELLO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.
76. **Asunto T-116/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2022 – Maternus/EUIPO – adp Gauselmann (WILD)** {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión WILD – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículos 52, apartado 1, letra a), y 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 59, apartado 1, letra a), y 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.
77. **Asunto T-173/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2022 – Novelis Deutschland/EUIPO – CU. CO. (Bandeja para barbacoa)** [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una bandeja para barbacoa – Dibujo o modelo nacional anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.
78. **Asunto T-202/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2022 – Vita Zahnfabrik/EUIPO – VIPI Productos Odontológicos (VITABLOCS TriLuxe forte)** {«Marca de la Unión Europea – Pro-

cedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa VITABLOCS TriLuxe forte – Marca denominativa anterior de la Unión TRILUX – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.

79. Asunto T-233/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2022 – Meta Cluster/EUIPO (Clustermedizin) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Clustermedizin – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.
80. Asunto C-421/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Acacia Srl / Bayerische Motoren Werke AG [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Dibujos y modelos comunitarios – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículo 82, apartado 5 – Acción entablada ante los tribunales del Estado miembro en el que se hubiere cometido o pudiere cometerse la infracción – Pretensiones conexas a una acción por infracción – Derecho aplicable – Artículo 88, apartado 2 – Artículo 89, apartado 1, letra d) – Reglamento (CE) núm. 864/2007 – Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») – Artículo 8, apartado 2 – País en el que se haya cometido la infracción del derecho de propiedad intelectual], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
81. Asunto C-183/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 10 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Saarbrücken – Alemania) – Maxxus Group GmbH & Co. KG / Globus Holding GmbH & Co. KG [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Marcas – Directiva (UE) 2015/2436 – Artículo 19 – Uso efectivo de una marca – Carga de la prueba – Solicitud de caducidad por falta de uso – Norma procesal nacional que obliga al solicitante a efectuar una investigación del mercado relativa al uso de la marca], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
82. Asunto T-806/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2022 – Govern d’Andorra/EUIPO (Andorra) {«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Andorra – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
83. Asunto T-669/20: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Pluscard Service/EUIPO (PLUSCARD) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la

Unión Europea – Marca figurativa PLUSCARD – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.

84. **Asunto T-715/20: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Degode/EUIPO – Leo Pharma (Skinovea) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Skinovea – Marca nacional denominativa anterior SKINOREN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.**
85. **Asunto T-1/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Fabryki Mebli «Forte»/EUIPO – Bog-Fran (Mueble) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un mueble – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Divulgación del diseño o modelo anterior – Artículo 7, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002 – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por el Tribunal General – Fuerza de cosa juzgada»], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.**
86. **Asunto T-86/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Distintiva Solutions/EUIPO – Makeblock (Makeblock) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de anulación – Marca figurativa de la Unión Makeblock – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente, artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento 2017/1001] – Inexistencia de marca capaz de inducir a error al público – Artículo 7, apartado 1, letra g) del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente, artículo 7, apartado 1, letra g) del Reglamento 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.**
87. **Asunto T-125/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Banco de Investimento Global/EUIPO – Banco BIC Português (EUROBIC) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión EUROBIC – Marcas figurativas anteriores de la Unión BiG, BANCO BiG y BiGlobal TRADE – Marcas nacionales denominativa anterior BANCO BIG y figurativa anterior BANCO BiG – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.**
88. **Asunto T-149/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – UGA Nutraceuticals/EUIPO – Vitae Health Innovation**

- (VITADHA) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa VITADHA – Marca española denominativa anterior VITANADH – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
89. Asunto T-171/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Ubisoft Entertainment/EUIPO – Huawei Technologies (FOR HONOR) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión FOR HONOR – Marca denominativa anterior de la Unión HONOR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
90. Asunto T-184/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2022 – Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik/EUIPO – Schuju (Хозяин) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Хозяин – Marca nacional figurativa anterior хозяйюшка – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
91. Asunto T-185/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2022 – Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik/EUIPO – Schuju (Хозяйка) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Хозяйка – Marca nacional figurativa anterior хозяйюшка – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
92. Asunto T-192/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Laboratorios Ern/EUIPO – Beta Sports (META) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión META – Marca nacional denominativa anterior METALGIAL – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
93. Asunto T-198/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2022 – Ancor Group/EUIPO – Cody’s Drinks International (CODE-X) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca denominativa de la Unión CODE-X – Marcas nacionales denominativa y figurativa anteriores Cody’s – Marca nacional figurativa anterior Cody’s – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra

b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.

94. Asunto T-209/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2022 – Ignacio Carrasco/EUIPO – Santos Carrasco Manzano (La Hoja del Carrasco) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión La Hoja del Carrasco – Marca nacional figurativa anterior CARRASCO, Guijuelo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Elementos dominantes y distintivos de las marcas en conflicto», DOUE, C, núm. 171, de 25 de abril de 2022.
95. Asunto T-615/20: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Mood Media Netherlands/EUIPO – Tailoradio (MOOD MEDIA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión MOOD MEDIA – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 15, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 18, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001] – Prueba del uso efectivo», DOUE, C, núm. 191, de 10 de mayo de 2022.
96. Asunto T-140/21: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 Apologistics/EUIPO – Kerckhoff (apo-discounter.de) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión apo-discounter.de – Declaración parcial de caducidad – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo», DOUE, C, núm. 191, de 10 de mayo de 2022.
97. Asunto T-333/20: Sentencia del Tribunal General de 2 de marzo de 2022 – Fidia farmaceutici/EUIPO – Giuliani (IALO TSP) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión IALO TSP – Marca internacional denominativa anterior HYALO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Identificación de un miembro de la Sala de Recurso – Artículo 165, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
98. Asunto T-766/20: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2022 – PrenzMarien/EUIPO – Molson Coors Brewing Company (UK) (STONES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión STONES – Declaración parcial de caducidad – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo en la Unión – Artículos 19, apartado 1, y 10, apartado 3, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625», DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.

99. Asunto T-113/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de marzo de 2022 – Team Beverage/EUIPO (Beverage Analytics) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Beverage Analytics – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
100. Asunto T-132/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2022 – Telefónica Germany/EUIPO (LOOP) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión LOOP – Denegación parcial de la solicitud de registro – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001 – Características objetivas e inherentes a la naturaleza de los productos y servicios – Relación suficientemente directa y concreta – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
101. Asunto T-146/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de marzo de 2022 – Vetpharma Animal Health/EUIPO – Deltavit (DELTA-TIC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión DELTATIC – Marca denominativa anterior de la Unión DELTA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
102. Asunto T-196/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2022 – Lea Nature Services/EUIPO – Debonair Trading Internacional (SO...?) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión SO...? – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
103. Asunto T-197/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2022 – Lea Nature Services/EUIPO – Debonair Trading Internacional (SO...?) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SO...? – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.

104. Asunto T-204/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2022 – Stryker/EUIPO (RUGGED) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa RUGGED – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Competencia de la Sala de Recurso – Artículo 71 del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
105. Asunto T-252/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de marzo de 2022 – Hrebenyuk/EUIPO (Forma de cuello alzado) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de cuello alzado – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
106. Asunto T-281/21: Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2022 – Nowhere/EUIPO – Ye (APE TEES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión APE TEES – Marcas nacionales figurativas anteriores no registradas que representan a un mono – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Régimen de la acción de common law por usurpación de denominación (action for passing off) – Acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión y del Euratom»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
107. Asunto T-315/21: Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2022 – Laboratorios Ern/EUIPO – Nordeste (APIAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión APIAL – Marca denominativa anterior de la Unión APIRETAL – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001 – Elementos de prueba presentados por primera vez ante el Tribunal General»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
108. Asunto T-465/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de marzo de 2022 – Ionfarma/EUIPO – LG Electronics (AION) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión AION – Marcas nacionales figurativa anterior ION y denominativa anterior IONFARMA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.

109. Asunto T-720/20: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Perry Street Software/EUIPO – Toolstream (SCRUFFS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa SCRUFFS – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.
110. Asunto T-30/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – L’Oréal/EUIPO – Debonair Trading Internacional (SO COUTURE) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SO COUTURE – Marca denominativa de la Unión SO...? – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.
111. Asunto T-35/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – SFD/EUIPO – Allmax Nutrition (ALLNUTRITION DESIGNED FOR MOTIVATION) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ALLNUTRITION DESIGNED FOR MOTIVATION – Marcas de la Unión denominativas anteriores ALLMAX NUTRITION – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.
112. Asunto T-206/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Kalita y Haas/EUIPO – Kitzbühel Tourismus (Representación de dos animales) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa dos animales – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un animal – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.
113. Asunto T-264/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Établissement Amra/EUIPO – eXpresio (Forma de una bota de rebote) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de una bota de rebote – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Presencia de elementos denominativos – Inexistencia de características esenciales no funcionales», DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.

114. **Asunto T-451/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Hesse/EUIPO – Wedl & Hofmann (Testa Rossa)** {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Testa Rossa – Marca figurativa anterior de la Unión TESTA ROSSA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.
115. **Asunto T-17/21: Auto del Tribunal General de 22 de marzo de 2022 – Miquel y Costas & Miquel/EUIPO (Pure Hemp)** («Marca de la Unión Europea – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.
116. **Asunto T-277/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Daimler/EUIPO (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro I)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de patrón de la Unión – Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro I – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
117. **Asunto T-278/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Daimler/EUIPO – (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro II)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de patrón de la Unión – Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro II – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
118. **Asunto T-279/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Daimler/EUIPO (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro IV)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión – Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro IV – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
119. **Asunto T-280/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Daimler/EUIPO (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro III)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión – Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro III – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.

120. Asunto T-445/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2022 – Copal Tree Brands/EUIPO – Sumol + Compal Marcas (COPALLI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión COPALLI – Marca nacional denominativa anterior COMPAL – Motivo de denegación relativo – Menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior»], DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.
121. Asunto T-118/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2022 – Cilem Records International/EUIPO – KVZ Music (HALIX RECORDS) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión HALIX RECORDS – Marques denominativa y figurativa nacionales anteriores HALIX RECORDS – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Regla 19, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 7, apartados 1 y 2, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625]»}, DOUE, C, núm. 222, de 7 de junio de 2022.
122. Asunto T-370/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2022 – Biogena/EUIPO – Alter Farmacia (NUTRIFEM AGNUBALANCE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa NUTRIFEM AGNUBALANCE – Marca denominativa anterior de la Unión NUTRIBEN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 222, de 7 de junio de 2022.
123. Asunto T-208/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2022 – Dorit-DFT/EUIPO – Erwin Suter (DORIT) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa DORIT – Denominaciones sociales nacionales anteriores – Motivo de denegación relativo – Falta de utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículos 8, apartado 4, y 52, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.
124. Asunto T-219/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2022 – Agora Invest/EUIPO – Transportes Maquinaria y Obras (TRAMOSA) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TRAMOSA – Marca figurativa anterior de la Unión TRAMO, SA TRANSPORTE MAQUINARIA Y OBRAS, S. A. – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8,

- apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículos 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículos 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001] – Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo», DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.
125. Asunto T-276/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2022 – Moio/EUIPO – Paul Hartmann (moio.care) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión moio.care – Marca denominativa anterior de la Unión Molicare – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.
126. Asunto T-327/20: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2022 – Group Nivelles/EUIPO – Easy Sanitary Solutions (Canal de evacuación de ducha) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un canal de evacuación de ducha – Dibujo o modelo anterior presentado después de la presentación de la demanda de nulidad – Artículo 28, apartado 1, letra b), inciso v), del Reglamento (CE) núm. 2245/2002 – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Ámbito de aplicación – Artículo 63, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Procedimiento oral y diligencias de instrucción – Artículos 64 y 65 del Reglamento núm. 6/2002 – Causa de nulidad – Carácter singular – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002 – Identificación del dibujo o modelo anterior – Anterioridad compacta – Determinación de las características del dibujo o modelo controvertido – Comparación global»], DOUE, C, núm. 244, de 27 de junio de 2022.
127. Asunto T-516/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2022 – Mandelay/EUIPO – QX World (QUEST 9) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión QUEST 9 – Marca denominativa anterior de la Unión QUEX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículos 95 y 97 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 244, de 27 de junio de 2022.
128. Asunto T-181/21: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2022 – LG Electronics/EUIPO – Anferlux-Electrodomésticos (SmartThinQ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión SmartThinQ – Marca nacional figurativa anterior SMARTTHING – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Traduc-

ción a la lengua de procedimiento de la lista de los productos comprendidos en la marca anterior – Uso efectivo de la marca anterior»], DOUE, C, núm. 244, de 27 de junio de 2022.

129. Asunto T-210/21: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2022 – Vintae Luxury Wine Specialists/EUIPO – R. Lopez de Heredia Viña Tondonia (LOPEZ DE HARO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LOPEZ DE HARO – Marca denominativa anterior de la Unión LOPEZ DE HEREDIA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 244, de 27 de junio de 2022.
130. Asunto T-680/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2022 – Funline International/EUIPO (AMSTERDAM POPPERS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión AMSTERDAM POPPERS – Motivos de denegación absolutos – Marca contraria al orden público – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001 – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 244, de 27 de junio de 2022.
131. Asunto T-4/21: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2022 – Advanced Superabrasives/EUIPO – Adi (ASI ADVANCED SUPERABRASIVES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ASI ADVANCED SUPERABRASIVES – Marcas figurativa y denominativa anteriores de la Unión ADI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Devolución del asunto a la División de Oposición – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 3, letra b), del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 257, de 4 de julio de 2022.
132. Asunto T-117/21: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2022 – Deichmann/EUIPO – Munich (Representación de dos bandas cruzadas en la parte lateral de un zapato deportivo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa una cruz en el lateral de una zapatilla deportiva – Artículos 7, apartado 1, letra b), y 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 7, apartado 1, letra b), y 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 257, de 4 de julio de 2022.
133. Asunto T-237/21: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2022 – Fidelity National Information Services/EUIPO – IFIS (FIS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición

- Solicitud de marca figurativa de la Unión FIS – Marca denominativa anterior de la Unión IFIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 257, de 4 de julio de 2022.
134. Asunto T-298/21: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2022 – Bodegas Beronia/EUIPO – Bodegas Carlos Serres (ALEGRA DE BERONIA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ALEGRA DE BERONIA – Marca nacional denominativa anterior ALEGRO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 257, de 4 de julio de 2022.
135. Asunto C-466/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – HEITEC AG / HEITECH Promotion GmbH, RW [Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 9 – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículos 54, 110 y 111 – Caducidad por tolerancia – Concepto de «tolerancia» – Interrupción del plazo de caducidad – Requerimiento – Fecha de interrupción del plazo de caducidad en caso de interposición de un recurso judicial – Efectos de la caducidad – Pretensiones de indemnización de daños y perjuicios, de entrega de información y de destrucción de productos], DOUE, C, núm. 266, de 11 de julio de 2022.
136. Asunto T-93/21: Sentencia del Tribunal General de 11 de mayo de 2022 – Creaticon/EUIPO – Paul Hartmann (SK SKINTEGRA THE RARE MOLECULE) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa de la Unión SK SKINTEGRA THE RARE MOLECULE – Marca nacional denominativa anterior SKINTEGRITY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 266, de 11 de julio de 2022.
137. Asunto T-261/21: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2022 – Sturz/EUIPO – Clatronic International (STEAKER) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión STEAKER – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001] – Derecho a ser oído – Artículo 94,

- apartado 1, del Reglamento 2017/1001»}, DOUE, C, núm. 266, de 11 de julio de 2022.
138. Asunto T-619/21: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2022 – PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs/EUIPO – Haufe-Lexware (TAXMARC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TAXMARC – Marca figurativa anterior de la Unión TAXMAN – Suspensión del procedimiento – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 266, de 11 de julio de 2022.
139. Asunto C-112/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 2 de junio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – X BV / Classic Coach Company vof, Y, Z (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 5 – Derechos conferidos por la marca – Artículo 6, apartado 2 – Limitación de los efectos de la marca – Imposibilidad de que el titular de una marca prohíba a un tercero el uso, en el tráfico económico, de un derecho anterior de ámbito local – Requisitos – Concepto de «derecho anterior» – Nombre comercial – Titular de una marca posterior que tiene un derecho todavía más antiguo – Pertinencia), DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.
140. Asunto T-256/21: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2022 – Domator24.com Paweł Nowak/EUIPO – Siwek y Didyk (Butaca) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una butaca – Dibujo o modelo comunitario anterior – Prueba de la divulgación – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Artículos 25, apartado 1, letra b), y 6, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.
141. Asunto T-316/21: Sentencia del Tribunal General de 1 de junio de 2022 – Worldwide Machinery/EUIPO – Scaip (SUPERIOR MANUFACTURING) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión SUPERIOR MANUFACTURING – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.
142. Asunto T-355/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de junio de 2022 – Krasnyj Octyabr/EUIPO – Pokój (Pokój TRADYCJA JAKOŚĆ KRÓWKA SŁODKIE CHWILE Z DZIECIŃSTWA TRADYCYJNA RECEPTURA) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Pokój TRADYCJA JAKOŚĆ KRÓWKA SŁODKIE CHWILE Z DZIECIŃSTWA TRADYCYJNA RECEPTURA – Marca internacional figurativa anterior KOPOBKA KOROVKA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del

Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.

143. Asunto T-363/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de junio de 2022 – Krasnyj Octyabr/EUIPO – Pokój (KRÓWKA MLECZNA Milk FUDGE) [«Marca de la Unión – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión KRÓWKA MLECZNA Milk FUDGE – Marca internacional figurativa anterior KOPOBKA KOROVIKA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
144. Asunto T-380/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2022 – Tubes Radiatori/EUIPO – Antrax It (Radiador para calefacción) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario que representa un radiador para calefacción – Dibujos o modelos anteriores – Motivos de nulidad – Falta de carácter singular – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Libertad del autor – Saturación de la técnica – Impresión general»], DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
145. Asunto T-738/20: Auto del Tribunal General de 8 de junio de 2022 – Deuschtec/EUIPO – Group A (HOLUX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión HOLUX – Registro internacional anterior de la marca denominativa HOLUX – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
146. Asuntos T-26/21 a T-28/21: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2022 – Apple/EUIPO – Swatch (THINK DIFFERENT) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marcas denominativas de la Unión THINK DIFFERENT – Falta de uso efectivo de las marcas – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»}, DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
147. Asunto T-293/21: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2022 – Muschaweck/EUIPO – Conze (UM) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión UM – Uso efectivo de la marca – Uso con el consentimiento del titular – Uso en la forma en la que se registró la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE)

- núm. 207/2009 [actualmente, artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Representación del titular de la marca – Pruebas del uso aportadas dentro del plazo establecido», DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
148. Asunto T-338/21: Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2022 – F I S I/EUIPO – Verband der Deutschen Daunen- und Federnindustrie (ECODOWN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ECODOWN – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
149. Asunto T-355/21: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2022 – Polo Club Düsseldorf/EUIPO – Company Bridge and Life (POLO CLUB DÜSSELDORF EST. 1976) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión POLO CLUB DÜSSELDORF EST. 1976 – Marca nacional figurativa anterior POLO CLUB – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
150. Asunto T-433/21: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2022 – Vitronic/EUIPO (Enforcement Trailer) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Enforcement Trailer – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 7, apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
151. Asunto T-744/21: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2022 – Medela/EUIPO (MAXFLOW) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MAXFLOW – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 294, de 1 de agosto de 2022.
152. Asunto T-739/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2022 – Unite the Union/EUIPO – WWRD Ireland (WATERFORD) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión WATERFORD – Recurso de anulación – Artículo 63, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Admisibilidad – Marca que puede inducir al público a error – Artículo 51, apartado 1, letra c) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra c) del Reglamento 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.

153. **Asunto T-29/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2022 – Beveland/EUIPO – Super B (BUCANERO)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión BUCANERO – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo – Prueba del uso efectivo»], DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.
154. **Asunto T-329/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2022 – Puma/EUIPO – V. Fraas (FRAAS)** {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión FRAAS – Uso efectivo de la marca – Uso para los productos para los que fue registrada la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo»}, DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.
155. **Asunto T-356/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2022 – Future Motion/EUIPO – El Corte Inglés (HYPERCORE)** {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa HYPERCORE – Marca figurativa anterior de la Unión HIPERCOR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.
156. **Asunto T-602/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2022 – Kubara/EUIPO (good calories)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión good calories – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Seguridad jurídica – Confianza legítima»], DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.
157. **Asunto T-628/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2022 – Tequila Revolución/EUIPO – Horizons Group (London) (Revolution Vodka)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Revolution Vodka – Marca denominativa anterior de la Unión TEQUILA REVOLUCIÓN – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letras a), y b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de uso efectivo – Artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.
158. **Asunto T-337/20: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2022 – Hochmann Marketing/EUIPO (bittorrent)** [«Marca de la Unión Europea – Resolución de una Sala de Recurso que confirma la revocación de una resolución anterior – Artículo 103, apar-

- tado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Demanda de transformación en una solicitud de marca nacional – Motivo de exclusión de la transformación – Falta de uso de la marca de la Unión Europea – Artículo 139, apartado 2, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Derecho a ser oído – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales», DOUE, C, núm. 311, de 16 de agosto de 2022.
159. Asunto T-502/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2022 – Munich/EUIPO – Tone Watch (MUNICH10A. T. M.) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión MUNICH10A. T. M. – Marcas de la Unión y nacionales figurativas anteriores MUNICH – Motivos de denegación relativos – Artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos y entre los servicios – Inexistencia de complementariedad estética – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Inexistencia de menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001) – Derecho de defensa», DOUE, C, núm. 311, de 16 de agosto de 2022.
160. Asunto T-357/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2022 – Jose A. Alfonso Arpon/EUIPO – Puma (PLUMAFlex by Roal) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión PLUMAFlex by Roal – Marca figurativa anterior de la Unión PUMA – Motivo de denegación relativo – Menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 311, de 16 de agosto de 2022.
161. Asunto C-334/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 23 de mayo de 2022 – Audi AG / GQ, DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.
162. Asunto T-306/20: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2022 – Hijos de Moisés Rodríguez González/EUIPO – Irlanda y Ornua (La Irlandesa 1943) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión La Irlandesa 1943 – Causas de nulidad absoluta – Declaración de nulidad por parte de la Gran Sala de Recurso de la EUIPO – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General – Fecha pertinente para el examen de una causa de nulidad absoluta – Marca que puede inducir al público a error – Artículo 7, apartado 1, letra g), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra g), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.

163. **Asunto T-640/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2022 – bet-at-home.com Entertainment/EUIPO (bet-at-home) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión bet-at-home – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b), y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 318, de 22 de agosto de 2022.**
164. **Asunto T-246/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2022 – Aerospinning Master Franchising/EUIPO – Mad Dogg Athletics (SPINNING) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión SPINNING – Marca que se ha convertido en la designación usual en el comercio de un producto o de un servicio para el que está registrada – Artículo 51, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Público pertinente»}, DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.**
165. **Asunto T-250/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2022 – Zdút/EUIPO – Nehera y otros (nehera) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión NEHERA – Causa de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.**
166. **Asunto T-251/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Tigercat International/EUIPO – Caterpillar (Tigercat) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Tigercat – Marca figurativa anterior de la Unión CAT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.**
167. **Asunto T-283/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Pejovič/EUIPO – ETA živilska industrija (TALIS) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión TALIS – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.**
168. **Asunto T-284/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Pejovič/EUIPO – ETA živilska industrija (RENČKI HRAM) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión RENČKI HRAM – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59,**

- apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.
169. Asunto T-286/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Pejovič/EUIPO – ETA živilska industrija (RENŠKI HRAM) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión RENŠKI HRAM – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.
170. Asunto T-287/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Pejovič/EUIPO – ETA živilska industrija (SALATINA) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SALATINA – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.
171. Asunto T-288/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2022 – ALO jewelry CZ/EUIPO – Cartier International (ALOVe) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ALOVe – Marca internacional figurativa anterior LOVe – Motivo de denegación relativo – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.
172. Asunto T-478/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2022 – Les Éditions P. Amaury/EUIPO – Golden Balls (BALLON D’OR) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión BALLON D’OR – Uso efectivo de la marca – Caducidad parcial – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo – Apreciación de las pruebas – Calificación de los servicios», DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.

PROPIEDAD INTELECTUAL

173. Asunto C-775/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Rumanía) el 15 de diciembre de 2021 – Blue Air Aviation SA / UCMR – ADA Asociația pentru Drepturi de Autor a Compozitorilor, DOUE, C, núm. 191, de 10 de mayo de 2022.

174. **Asunto C-826/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Rumanía) el 22 de diciembre de 2021 – Uniunea Producătorilor de Fonograme din România (UPFR) / Societatea Națională de Transport Feroviar de Călători (SNTEFC) «CFR Călători» SA, DOUE, C, núm. 191, de 10 de mayo de 2022.**
175. **Asunto C-433/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien – Austria) – Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH / Strato AG (Procedimiento prejudicial – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículo 2 – Reproducción – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Excepción de copia privada – Concepto de «cualquier soporte» – Servidores pertenecientes a terceros que se proporcionan a personas físicas para uso privado – Compensación equitativa – Normativa nacional que no somete a los proveedores de servicios de computación en la nube a canon por copia privada), DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.**
176. **Asunto C-201/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Finlandia) el 15 de marzo de 2022 – Kopiosto r.y. / Telia Finland Oyi, DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.**
177. **Asunto C-531/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 28 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – NovaText GmbH / Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Procedimiento prejudicial – Derechos de propiedad intelectual – Directiva 2004/48/CE – Artículo 3 – Obligación general relativa a las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual – Artículo 14 – Concepto de «costas procesales razonables y proporcionadas» – Agente de la propiedad industrial – Imposibilidad de apreciación por parte del juez nacional, del carácter razonable y proporcionado de los gastos puestos a cargo de la parte perdedora), DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.**
178. **Asunto C-559/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 28 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Saarbrücken – Alemania) – Koch Media GmbH / FU (Procedimiento prejudicial – Derechos de propiedad intelectual – Directiva 2004/48/CE – Artículo 14 – Conceptos de «costas procesales» y de «demás gastos» – Requerimiento extrajudicial a fin de garantizar el respeto de un derecho de propiedad intelectual – Gastos por la intervención de abogado – Calificación – Normativa nacional que limita el importe recuperable de estos gastos en determinadas condiciones), DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.**

179. **Asunto C-44/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 28 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht München I – Alemania) – Phoenix Contact GmbH & Co. KG / HARTING Deutschland GmbH & Co. KG, Harting Electric GmbH & Co. KG (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Directiva 2004/48/CE – Artículo 9, apartado 1 – Patente europea – Medidas provisionales – Facultad de las autoridades judiciales nacionales de dictar un mandamiento judicial destinado a prevenir cualquier infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual – Jurisprudencia nacional que deniega las solicitudes de medidas provisionales cuando la validez de la patente controvertida no ha sido confirmada, al menos, mediante una resolución de primera instancia dictada al término de un procedimiento de oposición o de nulidad – Obligación de interpretación conforme), DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.**
180. **Asunto C-260/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Erfurt (Alemania) el 19 de abril de 2022 – Seven. One Entertainment Group GmbH / Corint Media GmbH, DOUE, C, núm. 284, de 25 de julio de 2022.**

PROTECCIÓN DE DATOS

181. **Asunto C-807/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Alemania) el 21 de diciembre de 2021 – Deutsche Wohnen SE / Staatsanwaltschaft Berlin, DOUE, C, núm. 128, de 21 de marzo de 2022.**
182. **Asunto C-768/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Alemania) el 14 de diciembre de 2021 – TR / Land Hessen, DOUE, C, núm. 138, de 28 de marzo de 2022.**
183. **Asunto C-33/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria) el 14 de enero de 2022 – Österreichische Datenschutzbehörde, DOUE, C, núm. 138, de 28 de marzo de 2022.**
184. **Asunto C-175/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de febrero de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Administratīvā apgabaltiesa – Letonia) – SS SIA / Valsts ierēnumu dienests [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 2 – Ámbito de aplicación – Artículo 4 – Concepto de «tratamiento» – Artículo 5 – Principios relativos al tratamiento – Limitación de la finalidad – Minimización de datos – Artículo 6 – Licitud del tratamiento – Tratamiento necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público conferida al responsable del tratamiento – Tratamiento necesario para el cumplimiento de una obligación**

legal aplicable al responsable del tratamiento – Artículo 23 – Limitaciones – Tratamiento de datos con fines fiscales – Solicitud de información relativa a anuncios de venta de vehículos publicados en Internet – Proporcionalidad], DOUE, C, núm. 165, de 19 de abril de 2022.

185. Asunto C-63/22: Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden – Alemania) – TV / Land Hessen [Protección de datos personales – Entidad de información (oficina de información económica) – Evaluación de la solvencia («scoring») de personas físicas sobre la base de información no comprobada proporcionada por acreedores – Legalidad del tratamiento de datos y corresponsabilidad por ese tratamiento], DOUE, C, núm. 165, de 19 de abril de 2022.
186. Asunto C-118/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad (Bulgaria) el 17 de febrero de 2022 – NG / Director na Glavna direksia «Natsionalna politisia» pri MVR – Sofía, DOUE, C, núm. 191, de 10 de mayo de 2022.
187. Asunto C-245/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Midden-Nederland – Países-Bajos) – X, Z / Autoriteit Persoonsgegevens [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Competencia de la autoridad de control – Artículo 55, apartado 3 – Operaciones de tratamiento efectuadas por los tribunales en el ejercicio de su función judicial – Concepto – Puesta a disposición de un periodista de documentos extraídos de un procedimiento judicial que contienen datos personales], DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
188. Asunto C-17/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht München (Alemania) el 7 de enero de 2022 – HTB Neunte Immobilien Portfolio geschlossene Investment UG & Co. KG / Müller Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
189. Asunto C-18/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht München (Alemania) el 7 de enero de 2022 – Ökorenta Neue Energien Ökostabil IV geschlossene Investment GmbH & Co. KG / WealthCap Photovoltaik 1 GmbH Co. KG, WealthCap PEIA Komplementär GmbH, WealthCap Investorenbetreuung GmbH, DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
190. Asunto C-60/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Alemania) el 1 de febrero de 2022 – UZ / Bundesrepublik Deutschland, DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.
191. Asunto C-115/22: Petición de decisión prejudicial planteada por la Unabhängige Schiedskommission Wien (Austria) el 17 de febrero de 2022 – E. N., DOUE, C, núm. 207, de 23 de mayo de 2022.

192. **Asunto C-140/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court – Irlanda) – G. D. / The Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General (Procedimiento prejudicial – Tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas – Confidencialidad de las comunicaciones – Proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas – Conservación generalizada e indiferenciada de los datos de tráfico y de localización – Acceso a los datos conservados – Control jurisdiccional a posteriori – Directiva 2002/58/CE – Artículo 15, apartado 1 – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1 – Posibilidad de que un órgano jurisdiccional nacional limite la eficacia temporal de una declaración de invalidez referida a una normativa nacional incompatible con el Derecho de la Unión – Exclusión), DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.**
193. **Asunto C-61/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Alemania) el 1 de febrero de 2022 – RL / Landeshauptstadt Wiesbaden, DOUE, C, núm. 213, de 30 de mayo de 2022.**
194. **Asunto C-203/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wien (Austria) el 16 de marzo de 2022 – CK, DOUE, C, núm. 222, de 7 de junio de 2022.**
195. **Asunto C-319/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de abril de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Meta Platforms Ireland Limited, anteriormente Facebook Ireland Limited / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 80 – Representación de los interesados por una asociación sin ánimo de lucro – Acción de representación entablada por una asociación de defensa de los intereses de los consumidores sin mandato y con independencia de la vulneración de derechos concretos de un interesado – Acción basada en la prohibición de prácticas comerciales desleales, la infracción de una ley en materia de protección de los consumidores o la prohibición del uso de condiciones generales nulas], DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.**
196. **Asunto C-162/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos vyriausiosis administracinis teismas (Lituania) el 3 de marzo de 2022 – A. G. / Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra, DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.**
197. **Asunto C-182/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht München (Alemania) el 10 de marzo de 2022 – JU / Scalable Capital GmbH, DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.**

198. Asunto C-189/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht München (Alemania) el 11 de marzo de 2022 – SO / Scalable Capital GmbH, DOUE, C, núm. 237, de 20 de junio de 2022.
199. Asunto C-231/22: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Bruxelles (Bélgica) el 1 de abril de 2022 – Etat belge / Autorité de protection des données, DOUE, C, núm. 257, de 4 de julio de 2022.
200. Asunto C-534/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de junio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht – Alemania) – Leistriz AG / LH [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 38, apartado 3, segunda frase – Delegado de protección de datos – Prohibición de que un responsable o un encargado del tratamiento destituya a un delegado de protección de datos o lo sancione por desempeñar sus funciones – Base jurídica – Artículo 16 TFUE – Exigencia de independencia funcional – Normativa nacional que prohíbe el despido de un delegado de protección de datos sin causa grave], DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.
201. Asunto C-307/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 10 de mayo de 2022 – FT / DW, DOUE, C, núm. 311, de 16 de agosto de 2022.
202. Asunto C-817/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de junio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour constitutionnelle – Bélgica) – Ligue des droits humains / Conseil des ministres [Procedimiento prejudicial – Tratamiento de datos personales – Datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR) – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 2, apartado 2, letra d) – Ámbito de aplicación – Directiva 2016/681/UE – Utilización de datos PNR de los pasajeros de los vuelos aéreos operados entre la Unión Europea y terceros países – Facultad de incluir los datos de los pasajeros de los vuelos aéreos operados dentro de la Unión – Tratamientos automatizados de esos datos – Plazo de conservación – Lucha contra los delitos de terrorismo y la delincuencia grave – Validez – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7, 8, 21 y 52, apartado 1 – Legislación nacional que extiende la aplicación del sistema PNR a otros transportes realizados dentro de la Unión – Libertad de circulación dentro de la Unión – Carta de los Derechos Fundamentales – Artículo 45], DOUE, C, núm. 340, de 5 de septiembre de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

203. **Asuntos acumulados C-143/20 y C-213/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de febrero de 2022 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie – Polonia) – A / O (C-143/20), G. W., E. S. / A. Towarzystwo Ubezpieczeń Życie S. A. (C-213/20) (Procedimiento prejudicial – Libre prestación de servicios – Seguro de vida – Contratos de seguro de vida de capital variable vinculados a fondos de inversión denominados «unit-linked» – Directiva 2002/83/CE – Artículo 36 – Directiva 2002/92/CE – Artículo 12, apartado 3 – Obligación de información precontractual – Información sobre la naturaleza de los activos representativos de los contratos de seguro «unit-linked» – Ámbito de aplicación – Alcance – Directiva 2005/29/CE – Artículo 7 – Prácticas comerciales desleales – Omisión engañosa), DOUE, C, núm. 165, de 19 de abril de 2022.**
204. **Asunto C-41/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgerichts Erfurt (Alemania) el 18 de enero de 2022 – XXX / Helvetia schweizerische Lebensversicherungs-AG, DOUE, C, núm. 198, de 16 de mayo de 2022.**
205. **Asunto C-28/21: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Decima) de 31 de enero de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Łodzi – Polonia) – TM / EJ (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 2009/103/CE – Artículo 3 – Obligación de cobertura de los daños materiales – Alcance – Normativa de un Estado miembro que excluye la cobertura del lucro cesante por el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles), DOUE, C, núm. 222, de 7 de junio de 2022.**
206. **Asunto C-286/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie (Bélgica) el 28 de abril de 2022 – KBC Verzekeringen NV / P&V Verzekeringen CVBA, DOUE, C, núm. 303, de 8 de agosto de 2022.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

IRIBARREN BLANCO, Miguel: *La responsabilidad de los socios por los acuerdos de la junta general*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2022, 360 pp.

1. En el Derecho combaten dos potencias cuyas fuerzas son tan igualadas que nunca prevalece ninguna: el principio de legalidad y la seguridad jurídica. En medio de la refriega, los operadores jurídicos. ¿Qué es preferible, el remedio que requiere una cirugía compleja de resultado incierto para extirpar el mal o la enfermedad bien tratada y llevada con entereza?

Ante todo vicio, el instinto, enarbolando el principio de legalidad, nos espolea a corregir; su adecuación al ordenamiento se nos antoja perentoria, pues intuimos intolerable la persistencia de aquello que contraviene Derecho. No obstante, el saber popular (y la seguridad jurídica) quizá nos prevendría mejor de conclusiones precipitadas, al recordarnos que el remedio puede ser peor que la enfermedad. En ocasiones, enmendar el error resulta tan «traumático» –término empleado por el profesor Iribarren con buen gusto– que es del todo desaconsejable.

Si extrapolamos este planteamiento al Derecho de sociedades, la impugnación guarda con rectitud la legalidad. Tras la reforma de 2014, ya no encontramos en la Ley de Sociedades de Capital referencias a la nulidad o la anulabilidad, que es el consabido esquema del derecho patrimonial para la calificación de los vicios. Sin embargo, la impugnación mantiene su espíritu de rectificación poco economicista; persigue el inflexible ajuste a la ley, mientras que la responsabilidad ataja con mayor precisión el problema, sin privar al acuerdo de sus virtudes, pero a costa, muchas veces, de mantener sus defectos. Quizá la combinación de ambos remedios acerque la corrección y la seguridad jurídica a una tregua.

2. La presente reseña se dedica al análisis del libro «La responsabilidad de los socios por los acuerdos de la junta general». Su autor, Miguel Iribarren

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

Blanco, profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Oviedo, goza de una admirable trayectoria académica, que despunta en el campo del Derecho de sociedades. El propio título ya delata el contenido de sus páginas; la relación complementaria entre la responsabilidad de los socios y la impugnación como remedios frente a vicios en los acuerdos del «órgano soberano».

La estructura tripartita del texto la conforman diez capítulos; el primero coincide con la introducción (pp. 19-84), panorámica que retrata la relevancia y fundamentos del régimen de responsabilidad; el cuerpo de la parte general (pp. 85-200) lo vertebran los cuatro capítulos siguientes, que perfilan los elementos de la responsabilidad junto con las acciones pertinentes, y cierra el conjunto la parte especial (pp. 201-336), compendio y análisis de supuestos concretos, compuesta de cinco capítulos. No hay propiamente una conclusión, en sentido expreso; el lector avezado deberá deducir por sí mismo los resultados.

La introducción describe el proceso desde la exclusiva tutela real hacia el progresivo recurso a la tutela resarcitoria, para resolver supuestos en los que se presume que la primera es desproporcionada. Como sabemos, en ciertos casos el legislador ha preferido expresamente un régimen de responsabilidad; así ocurre, por ejemplo, con la acción de daños del socio minoritario que no alcance la participación mínima para impugnar (art. 206.1 II LSC). El autor investiga si de estas manifestaciones concretas se deducen premisas generales para afirmar la responsabilidad de los socios. Desde la óptica del Derecho patrimonial en concierto con el de sociedades, concibe el acuerdo como un acto de ejecución del contrato social, cuya vulneración habilita sin duda la acción de cumplimiento (impugnación), pero también la exigencia de reparación del daño. Aunque el profesor Iribarren descarta que las normas de responsabilidad puedan sustituir la impugnación más allá de en los supuestos legalmente previstos, propone valorar la proporcionalidad de la sanción de ineficacia. Se incluye a su vez un epígrafe dedicado al derecho comparado, ciertamente enriquecedor, pues la justicia alemana e italiana ha tenido más oportunidad que la nuestra de sentar valiosa jurisprudencia.

En cuanto a la parte general, el Capítulo II desglosa los presupuestos objetivos de la responsabilidad. Sin dejar de ser un inciso pertinente, quizá es la parte que resulta del «estado de la técnica», si vale la expresión, de manera más obvia. Entre dichos requisitos encontramos la adopción de un acuerdo ilícito, no necesariamente impugnabile. Ha de existir una relación de causalidad, que se verificará cuando el socio haya votado con una conducta negligente o desleal. No se rompe la relación de causalidad porque el acuerdo deba ser ejecutado por los administradores, ni la existencia del mismo exime a estos de responsabilidad. Tras negar que sea necesario dejar constancia de la oposición al acuerdo, se admite que del acta pueda desprenderse el sentido del voto a partir de las intervenciones del socio. A mi parecer, no es un medio de prueba prudente, en tanto que participar del debate no impide al socio abstenerse o convencerse de los argumentos de sus consocios para votar en sentido contrario al que inicialmente defendía.

La monografía clasifica el daño en directo e indirecto. Frente al probable perjuicio que una acción individual por el daño reflejo ocasione a los acreedores, pues su éxito no repercute en el patrimonio social, el profesor Iribarren recoge con acierto tres casos en los que está justificada; cuando la acción colectiva sea una carga desproporcionada, si la sociedad se extingue a raíz del acuerdo y siempre que los únicos intereses tutelados sean los del socio.

El Capítulo III se inicia con argumentos para desmentir la impunidad de los socios por el ejercicio del derecho de voto. Asimismo, engloba a la sociedad entre los sujetos de la responsabilidad, pues se desprende del contrato social la voluntad de los socios de que cumpla con funciones de garantía. Para evitar la socialización del daño y dotar de función preventiva al régimen, se otorga prioridad a la responsabilidad de los socios. Entre los criterios de imputación se encuentra la culpa y, como parámetro peculiar del Derecho de sociedades, el deber de fidelidad. La responsabilidad puede recaer también en otros sujetos, como los administradores. Con el propósito de evitar un mal mayor para la sociedad, el autor comenta la opción de ejecutar el acuerdo viciado. Se identifica con el estado de necesidad, causa de exoneración. En este orden de ideas, la sociedad habría de responder hasta el límite del perjuicio evitado (art. 118.1.5.ª CP). Respecto a la legitimación activa, Iribarren no excluye a los socios que votaron a favor del acuerdo, por el principio de igualdad de trato, aunque no son despreciables los argumentos en contra que cita a pie de página, puesto que la conducta del socio que reclama daños y perjuicios por un acuerdo que apoyó es, al menos, reprochable.

Los protagonistas del Capítulo IV son los acreedores. Por una parte, se estudia la responsabilidad por el reparto del patrimonio vinculado, algunas modificaciones estructurales, la infracapitalización de la sociedad u operaciones en fraude de acreedores perjudiciales para la masa activa del concurso; por otra, la merma del patrimonio común debida a acciones de daños ejercidas por los socios contra la sociedad.

El último capítulo de la parte general, el cual explora la relación entre la impugnación y la responsabilidad, desecha que la primera sea condición necesaria de la segunda; la indemnización alcanzará el daño que hubiese subsistido a la ineficacia del acuerdo, incluso cuando la propia junta general lo revoque.

Una vez construidos los cimientos del régimen de responsabilidad, la parte especial examina la casuística de acuerdos ilícitos junto con sus remedios más propicios. Se inicia con el Capítulo VI, acerca de la lesión de los derechos de participación —es decir, de información y voto—, así como la privación del consentimiento individual respecto a acuerdos perjudiciales o que impongan nuevas obligaciones al socio.

En absoluto descuida el autor los derechos económicos, merecedores de un capítulo propio (el séptimo) dada su trascendencia práctica. El derecho de acceso a las ganancias sociales tropieza con su retención injustificada, agravada por la reticencia de los jueces a suplir la voluntad social, que reduce el sentido de la sentencia a la improductiva nulidad y, en cuadros sintomatológicos más graves, aboca a la terminal paralización de los órganos sociales. Sin embargo, el ejercicio del derecho de separación en las condiciones del artículo 348 *bis* LSC, como de forma acertada señala el autor, supone un abuso cuando la subsistencia de la sociedad dependa de la acumulación de beneficios. El esquema dispuesto equilibra hábilmente los extremos de este derecho abstracto. También propone el libro medidas frente al reparto irregular del dividendo y la cuota de liquidación.

Enfocado en los derechos políticos, el Capítulo VIII discurre en torno al desplazamiento y la exclusión del socio. Son incisivos sobre todo los acuerdos de ampliación y reducción del capital, junto con algunas modificaciones estructurales. Aquí hallamos un pormenorizado análisis sobre la aceptabilidad de una reparación *in natura*, esto es, una indemnización consistente en acciones o participaciones. Subrayamos del presente apartado que el riguroso

respeto al derecho de preferencia cuando exista no excluye la responsabilidad si el aumento de capital carece de interés social y persigue el perjuicio de la minoría. El profesor Iribarren señala oportunamente que no siempre la exclusión indebida provoca daño al socio, pero sin duda es impugnable por contravenir el orden público.

El penúltimo capítulo se ocupa de la intervención de la junta en materias de gestión mediante instrucciones y autorizaciones, distinción que determina el alcance de la impugnación, puesto que las primeras orientan la conducta de los administradores, mientras que las segundas son requisitos de validez. El epígrafe define en qué casos encajaría el socio con la figura del administrador de hecho, régimen mucho más estricto que el propio del mero ejercicio de sus libertades sociales.

La monografía concluye con los supuestos de disolución y las medidas de saneamiento financiero. Es muy preciada la inclusión de jurisprudencia alemana sobre las exigencias del deber de lealtad en un contexto de crisis.

3. Pocas críticas cabe articular en cuanto al contenido de este meritorio trabajo. Conviene reiterar el relevante aparato crítico desplegado por el autor, quien ofrece certeras referencias que esclarecen o completan el discurso con jurisprudencia o doctrina. Tanta es su conveniencia que quizá podrían incluirse en el texto.

La monografía, mediante una redacción solvente, disecciona de manera sistemática la responsabilidad de los socios por los acuerdos de la junta general, asunto con una repercusión real y práctica incuestionable. Sin perjuicio del rigor jurídico, se aprecia una orientación bastante pragmática, porque la obra aborda los remedios a enfermedades comunes, perfiladas en la parte especial, cuyo tratamiento tradicional quizá no satisfaga plenamente a los damnificados. En definitiva, coincido con el autor en que su planteamiento contribuye al mejor interés de la sociedad y sus *stakeholders*.

Inés CORTELL CERDÁ
Universidad de Valencia

MATE SATUÉ, Loreto Carmen: *La configuración del daño y su relación con el nexu causal en la responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Pamplona, 2021, 476 pp.

Lo primero que hay que resaltar de la monografía que se presenta a continuación –una obra que permitió a su autora alcanzar el grado de Doctor– es su profundidad e incontestable calidad científica. Nos encontramos ante una tesis de las de antes, elaborada a fuego lento y respetando el tiempo de cocción que exige la culminación de una obra de esta envergadura. La monografía, con aportaciones doctrinales relevantes y rupturistas, implica, pues, un avance en el conocimiento de la compleja materia sobre la que versa.

No cabe duda de que la calidad de este trabajo se debe tanto a la rigurosidad intelectual de la autora, Loreto Carmen Mate Satué, como a la indiscutible competencia de su directora, María Teresa Alonso Pérez, destacada civilista con un conocimiento especializado en la materia.

Pero no hemos de ignorar que las monografías que proceden de tesis doctorales a menudo son contempladas con cierta desconfianza, desconfianza que se nutre del tópico de su falta de utilidad para la práctica. Este temor no

se materializa en la presente obra, pues su autora –que, como informa el prólogo, ejerció la abogacía antes de enfrascarse en el desarrollo de la carrera universitaria– maneja con soltura los diferentes trámites procesales y las prácticas habituales en el ejercicio de la abogacía, por lo que vaticino que su lectura resultará fructífera tanto para aquellos que nos dedicamos con exclusividad al estudio del Derecho, como para aquellos otros que se centran en su ejercicio práctico.

De igual forma, contribuye a dotar de relevancia práctica a la obra la incorporación de numerosas referencias jurisprudenciales y su análisis minucioso al hilo del estudio de las diferentes y variadas temáticas que se abordan a lo largo del trabajo. Y es que no podemos olvidar el trascendente papel que han desempeñado y siguen desempeñando nuestros tribunales al tratar de resolver la problemática en torno a la responsabilidad civil que desencadena el incumplimiento del contrato de prestación de servicios jurídicos, debido a la inexistencia en este ámbito de referentes normativos claros.

Comenzando ya con el análisis de la obra hay que señalar que, pese a su contundencia y claridad, el título conduce a engaño, porque la presente monografía no se limita a estudiar la determinación, acreditación y cuantificación de los daños que se producen como consecuencia de la inexistente o defectuosa actuación de estos profesionales, sin duda, la cuestión jurídica más espinosa y compleja en relación con la responsabilidad civil de los abogados. En realidad, la autora, guiada probablemente por un afán de exhaustividad, realiza un examen completo y detallado de todos los problemas que suscita la responsabilidad civil del abogado por incumplimiento contractual. Ahora bien, este análisis de materias conexas y el desarrollo de cuestiones de teoría general (por ejemplo, el repaso recogido en el capítulo III sobre los remedios ante el incumplimiento contractual), pese a la brillantez y rigor con los que son tratados, a veces llegan a distraer al lector del que es el objetivo principal de la obra o médula espinal del trabajo, el estudio del daño, materia que no se aborda hasta el capítulo quinto de los siete que componen la monografía. A mi juicio, parte de este andamiaje, absolutamente necesario para la construcción del discurso, debería haberse retirado tras levantar el edificio jurídico.

Pero el título, además, constituye toda una declaración de intenciones. Cuando la obra llegó a mis manos, enseguida sospeché cuál sería la tesis defendida por la autora en relación con la configuración del daño, lo que luego me confirmó su lectura. De momento dejo apuntado, pues volveré sobre esta cuestión después, que, entre las dos diferentes y opuestas perspectivas desde las que ha sido analizada la pérdida de la oportunidad, la autora opta por contemplarla como una teoría de causalidad probabilística. Es decir, en contra de aquellos a los que el profesor Luis Medina nos ha denominado como defensores de la teoría ontológica, concibe la pérdida de la oportunidad como una técnica que ayuda a resolver las dificultades que suscita la constatación del nexo de causalidad en estos casos y no como un daño autónomo e indemnizable en sí mismo. Por tanto, la autora, de forma valiente y decidida, apuesta por una tesis en torno a la naturaleza jurídica de la pérdida de la oportunidad en la que, como ella misma reconoce, el protagonismo que tradicionalmente ha ocupado el daño cede en el debate en favor del nexo causal. Sostiene, pues, una solución dogmática, que, si bien se está abriendo paso desde hace tiempo entre la doctrina y ha calado ya en la jurisprudencia, se aleja de lo defendido en las principales obras de referencia sobre la materia, contribuyendo con ello a enriquecer y avivar el debate científico.

La monografía se estructura en torno a siete capítulos. En el primero de ellos, Loreto Carmen Mate Satué delimita las fronteras entre las responsabilidades civil, penal y disciplinaria a las que está expuesto el abogado cuando realiza incorrectamente su trabajo, apuntando de igual forma las posibles conexiones e interrelaciones entre ellas. Por lo que respecta a la responsabilidad civil, la que más interesa a los efectos del estudio que se presenta, analiza los distintos regímenes de responsabilidad aplicables, dependiendo de si la prestación de servicios pudiera ser calificada como una relación de consumo o de si el abogado presta sus servicios en el marco de una sociedad profesional.

Coincido con la autora en el rechazo a extrapolar el controvertido régimen de responsabilidad por servicios defectuosos regulado en el Libro III del TRLGDCU a la prestación de servicios profesionales jurídicos que pueda ser calificada como una relación de consumo y, con ello, niego, como lo hace la autora, que sea viable aplicar en este sector el favorecedor mecanismo procesal previsto en el artículo 147 TRLGDCU –es decir, la inversión de la carga de la prueba de la culpa–.

Más tímida es su afirmación de que, cuando un abogado ejecuta defectuosamente la prestación en el seno de una sociedad profesional, la demanda de responsabilidad que, según el artículo 11 LSP, el cliente puede interponer frente a él, encuentra mejor acomodo en las normas de la responsabilidad contractual que en el *neminem laedere* consagrado en el artículo 1902 CC, pues el cliente y el profesional no son dos extraños que se conozcan a través del hecho dañoso. Probablemente Loreto Carmen Mate Satué no se muestra tan tajante como en otros capítulos de la obra, porque es consciente de que la doctrina mayoritaria sitúa en el campo de la responsabilidad extracontractual las reclamaciones derivadas de relaciones triangulares como las que ahora nos ocupan, pues lo habitual es que los clientes celebren el contrato de prestación de servicios jurídicos con el bufete o despacho profesional y no directamente con el abogado.

Tras quedar demostrado en este primer capítulo que la mayoría de los casos de responsabilidad del abogado surgen en el ámbito de la responsabilidad contractual, ya que las reclamaciones de responsabilidad extracontractual contra los mismos son meramente anecdóticas, en el capítulo segundo la autora pasa a examinar la relación jurídica que vincula al letrado con su cliente, de contornos difusos e imprecisos. Sobre este particular, la autora expone la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, que califica esta relación, «de modo no totalmente satisfactorio» (como reconocen literal y reiteradamente numerosas sentencias del Alto Tribunal) como un contrato de gestión, con elementos tomados tanto del contrato de servicios, como del mandato.

En este capítulo se estudia además el valor jurídico de las obligaciones deontológicas o las impuestas por el Estatuto General de la Abogacía, que, como acertadamente señala la autora, integran el contrato mediante la aplicación del artículo 1258 CC. En el estudio del contenido del contrato suscrito por ambas partes recogido en este capítulo, la autora se centra sobre todo en el análisis de las obligaciones del cliente, porque las del abogado las aborda después, al examinar los presupuestos de la responsabilidad civil.

Otra cuestión a la que la autora presta especial atención en este segundo capítulo es a la hoja de encargo como documento que sirve para formalizar y documentar el contrato suscrito por las partes. Aunque en el sistema espiritualista que informa nuestro Código civil resulta indiscutible la validez de los contratos de servicios verbales, no le falta razón a la autora cuando afirma

que la suscripción de hojas de encargo –lo que, paradójicamente, no constituye una práctica consolidada en la abogacía– podría evitar numerosas reclamaciones que se están multiplicando en los últimos tiempos, ya que los clientes rechazan el pago de los honorarios profesionales alegando la falta de información sobre los mismos o sobre las bases para su determinación durante el periodo precontractual. Esta tendencia, que se inició en los tribunales de instancia, ha llegado ya al Tribunal Supremo, que en resoluciones recientes exige al profesional que informe al cliente-consumidor sobre el precio del servicio o las bases de su determinación en aplicación del artículo 60 TRLGDCU y, en caso de no hacerlo, integra el contrato conforme al principio de buena fe objetiva, aunque en beneficio del consumidor, como impone el artículo 65 TRLGDCU.

Tras un tercer capítulo dedicado al estudio de los remedios articulados por el Código civil que resultan aplicables con carácter general en caso de incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas, en el cuarto capítulo la autora entra a enumerar y diseccionar los diferentes deberes accesorios que integran la relación contractual de prestación de servicios y ensanchan su contenido. A los deberes accesorios que tradicionalmente ha apuntado la doctrina civilista, Loreto Carmen Mate Satué añade el deber de usar adecuadamente la tecnología en el desarrollo de la prestación. Más cuestionable resulta, en mi opinión, el encuadre de la posesión de los conocimientos técnicos necesarios dentro de los denominados deberes de prestación accesorios, por tratarse más bien de un requisito exigido por el modelo de diligencia que ha de ser observado para el cumplimiento de la prestación principal, que, salvo excepciones, consistirá habitualmente en una obligación de medios. En otras palabras, es el cumplimiento de la obligación de medios, esto es, la ejecución de la actividad jurídica conforme a las exigencias de la *lex artis* lo que exige un adecuado conocimiento de las normas jurídicas procesales y sustantivas.

A continuación, la autora dedica los capítulos quinto, sexto y séptimo a la parte central de la obra y, sin duda, la más novedosa y relevante aportación de la presente monografía: la determinación del contenido y alcance del daño jurídicamente indemnizable y su relación con el nexo causal. Así, después de realizar en el capítulo quinto un recorrido jurisprudencial y analizar minuciosamente y concienzudamente las contribuciones doctrinales sobre la materia, rechaza de manera contundente y con una argumentación impecable la articulación del daño causado por el profesional de la abogacía como una privación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 CE, como sostuvieron las primeras sentencias del Tribunal Supremo que se pronunciaron al respecto. Coincido con la autora en que, lo máximo que se podrá apreciar en estos casos, será un daño moral derivado de la frustración o sufrimiento que provoca el haber sido privado del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos de la jurisdicción.

El capítulo sexto de la monografía se dedica a la relación de causalidad, elemento de la responsabilidad civil de los abogados que, hasta la fecha, no había sido desarrollado por la doctrina, debido a que en la concepción tradicional asentada –la denominada teoría ontológica o enfoque francés–, la pérdida de la oportunidad no suscita problemas específicos en sede causal.

La literatura especializada ha rechazado reiteradamente que, cuando un letrado interpone una demanda o recurso fuera de plazo, el daño ocasionado al cliente pueda identificarse con la privación de la pretensión, debido a su carácter eventual e hipotético por regla general. En tales circunstancias, en la mayoría de las ocasiones resultará imposible afirmar, sin lugar a dudas, que

la pretensión judicial del cliente hubiera sido estimada de no haber mediado la negligencia del profesional, por lo que ha de descartarse la automática indemnizabilidad de este daño incierto.

De acuerdo con el anterior sector doctrinal, junto a ese daño futuro e incierto, se produce otro daño específico, actual y cierto: la pérdida de la oportunidad en sí misma considerada de que esa pretensión del cliente sea estimada por los órganos de la jurisdicción. Matizan estos autores que, aunque por regla general no pueda afirmarse que, en tales circunstancias, el cliente hubiera satisfecho su pretensión judicial, resulta innegable que se encontraba en la posición idónea para conseguirlo; por ello, de lo que realmente se le priva es de las esperanzas, de la oportunidad de conseguir ese resultado favorable. Para el sector tradicional, si concurren ciertos requisitos en la pérdida de la oportunidad que garanticen su certeza (entre los que destaca, el que se trate de una oportunidad seria y razonable, lo que se determina a través de la aplicación del denominado «juicio dentro del juicio»), el daño consistirá en la pérdida de la oportunidad de conseguir el beneficio y no en la pérdida del beneficio como tal. Así las cosas, como la relación de causalidad no se entabla con el daño final, sino con la oportunidad perdida de obtener una sentencia estimatoria, la concurrencia del nexo causal resulta incontestable, salvo que mediara la intervención culposa de la propia víctima o de un tercero. De ahí que la doctrina tradicional no se centre en el estudio de este elemento.

Sin embargo, la autora de la presente monografía, lejos de asumir las líneas de pensamiento tradicionales, se replantea esta cuestión y llega a una solución dogmática que traslada el foco de atención del daño a la relación de causalidad, como se hace en los sistemas de *Common Law*. Para la autora, la configuración de la *chance* como perjuicio, no cumple los requisitos de certeza que resultan exigibles para que tenga la consideración de daño indemnizable. Curiosamente, para Loreto Carmen Mate Satué tales exigencias de certeza sí que las reúne el daño consistente en la privación de la pretensión. La incertidumbre inherente a que la no obtención del resultado estimatorio no resulte achacable a la actuación del profesional, sino que obedezca a la falta de viabilidad de la pretensión, que la autora no niega, debe resolverse, según la misma, desde el nexo causal. Por tanto, es en sede de relación de causalidad cuando los tribunales tendrán que averiguar el porcentaje de prosperabilidad mediante el método del «juicio dentro del juicio»; de superarse este filtro, podrá confirmarse la concurrencia del nexo causal.

Después de leer la monografía de la profesora Mate Satué, sigue convenciéndome más el denominado enfoque francés de la cuestión, porque no logro encontrar la certeza del daño consistente en la no satisfacción de la pretensión judicial, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que con toda seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza pueda pronosticarse que la actuación negligente del letrado privó sin dudas al cliente de la pretensión. Pero cuando hay certeza y seguridad, la pérdida de oportunidad desaparece. Pensemos, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS de 20 de mayo de 2014, en el que no existían dudas sobre la segura estimación de la pretensión fallida por negligencia del letrado (que presentó la acción de responsabilidad patrimonial fuera de plazo), porque los abogados de otras víctimas que sufrieron idénticos daños a los del cliente interpusieron las acciones en plazo y terminaron ganando el juicio. Pues bien, la seguridad de que el cliente había sido privado de una sentencia estimatoria fue lo que llevó a

imponer al letrado una indemnización que se hizo coincidir con la cantidad exacta en la que estaba valorada la pretensión.

Pero en la mayoría de los casos, el daño consistente en la privación de la pretensión no reunirá la certeza suficiente para continuar con el posterior juicio de causalidad. Si no resolvemos el problema de certeza del daño, que, como se ha señalado, es el motor que pone en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil, ya no se podrá seguir analizando el resto de los elementos de la responsabilidad civil, y, entre ellos, la relación de causalidad.

La autora, para reforzar sus conclusiones, trae a colación el funcionamiento de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria (capítulo séptimo). Pero, a mi juicio, estamos en presencia de situaciones de hecho diferentes, que probablemente justifiquen un tratamiento diverso en lo que a las oportunidades se refiere.

Aunque siempre se han expuesto los dos enfoques en torno a la pérdida de la oportunidad en términos de exclusión y predominio de uno sobre otro, algunos autores están comenzando a considerar viable la coexistencia de ambos, haciendo depender del caso concreto de que se trate la aplicación de uno u otro (pérdida de oportunidad procesal, pérdida de oportunidad de curación o supervivencia). Tal vez esta sea la respuesta más adecuada al escenario descrito, pues, habida cuenta la gran heterogeneidad de supuestos, situaciones y problemas que suscita la práctica, quizás resulte aconsejable que la solución no sea la misma para todos ellos.

Hay quien ha dicho que estamos en presencia de una mera discusión dogmática sin consecuencias prácticas, afirmación que rechazo por completo. Si enfocamos el problema desde la perspectiva del daño, el método del «juicio dentro del juicio» no solo permitirá averiguar si la oportunidad perdida reúne la certeza y seriedad suficiente para ser indemnizada (el problema en tal caso, será señalar dónde se encuentra el umbral de la certeza, esto es, decidir a partir de qué porcentaje de prosperabilidad de la oportunidad procesal perdida esta merece ser indemnizada), sino también, aquel método facilitará el cálculo de la cuantía en que ha de ser indemnizado el daño, que sería un porcentaje (el porcentaje de prosperabilidad) de la cuantía total, cuando se trate de una pretensión económica. Pero si consideramos conforme a esta nueva corriente doctrinal defendida por la autora, que la pérdida de oportunidad es una técnica que permite superar los rígidos y exigentes estándares probatorios en relación con el nexo causal y, conforme al «juicio dentro del juicio» concluimos que la oportunidad es cierta, ello nos llevaría a verificar el nexo de causalidad entre el incumplimiento del profesional y el daño configurado como pérdida de la pretensión. La consecuencia lógica y coherente será entonces que la indemnización coincida con el valor de la pretensión económica –el daño que, según este sector, se produce en estos casos–, sin que pueda ser moderada o rebajada aplicando el porcentaje de prosperabilidad, como parece sugerir la autora. A mi juicio, las indemnizaciones calculadas conforme al porcentaje de prosperabilidad de la pretensión fallida solo tienen sentido cuando la pérdida de oportunidad sea calificada como un daño autónomo e independiente, pues en nuestro sistema el daño ha de ser resarcido en la medida en que se haya producido.

Lo anteriormente expuesto demuestra que el debate está servido y dista mucho de estar resuelto. La autora ha demostrado que las soluciones tradicionales que se han defendido, en ocasiones, por puro mimetismo, pueden ser cuestionadas. De ahí el juicio muy positivo que, a mi juicio, merece esta monografía, aunque, como se ha visto, no coincida con algunos de sus plan-

teamientos. Nos encontramos ante una contribución doctrinal valiosa que seguro tendrá un importante impacto científico, pues tiene el mérito de plantear propuestas nuevas sobre una temática compleja, que se daba por resuelta. Por ello, auguro a su autora un futuro brillante, pese al desolador panorama que espera a quien decide embarcarse en la aventura de riesgo que implica la dedicación en exclusiva a la carrera universitaria.

M.^a Carmen CRESPO MORA
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

ZORNOZA SOMOLINOS, Alejandro: *Vehículos automatizados y seguro obligatorio de automóviles. Estudio de derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2021, 273 pp.

La obra que se presenta ha sido la tesis doctoral con la que su autor, Alejandro Zornoza Somolinos, obtuvo la máxima calificación ante el tribunal que lo defendió. Como el lector irá comprobando a lo largo de estas páginas, la calificación parece absolutamente justificada. Por un lado, debido a su temática, vehículos automatizados, de gran actualidad y muy discutido; pero, además, no debemos olvidar la dirección de la obra, por los profesores Manuel Ignacio Feliu Rey y Migle Laukyte en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Y, por otro lado, porque el autor, cuando realiza este estudio, casi totalmente nuevo en la doctrina española, lo hace con gran rigor y de forma muy minuciosa, dejando claros conceptos, tesis y posiciones no sólo españolas, sino también de Derecho comparado, dando un papel central al Derecho europeo.

El objeto fundamental de esta obra es, como nos dice su propio autor, resolver la cuestión sobre la influencia de la conducción automatizada en los regímenes de responsabilidad civil automovilística y en el seguro obligatorio de vehículos (SOA). Puede parecer una cuestión baladí, sin embargo, no es así. Es un tema fundamental que afecta a todos aquellos supuestos donde la conducción directa de un vehículo la realiza un sistema de Inteligencia Artificial, y no una persona. Para ello, comienza por estudiar la Inteligencia Artificial en diversos ordenamientos jurídicos: Francia, Alemania, Italia, EE. UU. y España, poniendo de manifiesto la diversidad normativa y la necesidad de conseguir, en un tema que afecta a la seguridad de las personas, una regulación común, al menos a nivel comunitario. En ese estudio, de forma metódica, va desgranando la normativa comunitaria y las diferencias entre países, utilizando todo con gran agilidad y destreza.

Vamos a comenzar por analizar brevemente el contenido de la obra. En su estructura, este trabajo consta, tras los agradecimientos de rigor, de un prólogo firmado por el profesor Manuel Ignacio Feliu Rey, una pequeña introducción y metodología y cinco capítulos. En el capítulo final, el autor expone sus conclusiones. Posteriormente, hay una serie de anexos: un diccionario de términos, bibliografía, contenido digital enlazado con hipervínculo, legislación y jurisprudencia utilizados.

El prólogo, del profesor Manuel Ignacio Feliu Rey, parte de la sensatez y rigurosidad del autor del libro quien, aparte de ser muy minucioso y sencillo en su vocabulario y tipo de oraciones utilizadas, para hacerse comprender

mejor, es una persona con gran vocación y entusiasmo por el Derecho, como demuestra que no sólo se dedicara a elaborar su tesis doctoral, sino que lo compatibilizó con el trabajo profesional como abogado ejerciente. Su tutor también manifiesta la «osadía» del doctor Zornoza, allá por el 2014, al enfrentarse a un tema estudiado por la Ingeniería y la Informática, pero aún no tocado por el Derecho salvo escasos estudios, como el de la codirectora Migle Laukyte.

Entrando ya en el análisis de la obra, comenzamos por explicar la introducción y metodología. Aunque después abandonará la sinonimia y explicará por qué, en este apartado el autor utiliza como equivalentes los términos conducción automatizada y conducción autónoma, y ofrece la primera definición. Explica cómo su estudio será de Derecho comparado, básicamente entre el español y el italiano, debido a las grandes diferencias entre ambos regímenes a la hora de regular la circulación de vehículos y las diferentes políticas adoptadas respecto de los sistemas inteligentes de transporte. Finalmente, nos señala el contenido estructural de la obra.

En el capítulo I «Introducción al vehículo automatizado», Zornoza comienza señalando el concepto de vehículo autónomo y de vehículo automatizado, con el fin de explicar por qué él ha adoptado este último término. Para ello, resalta la importancia de diferenciar entre la autonomía de una máquina y la autonomía privada del Código civil. Igualmente, introduce términos como automatización, operador, agente, Inteligencia Artificial o *machine learning*. Incluso analiza el intento que hubo de crear un *tertium genus* entre la persona física y la jurídica: la persona electrónica, a través de la Resolución 2015/2103 (INL) del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2017, que finalmente se rechazó por innecesario, y así quedó plasmado en la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, donde se señala que «cualquier cambio necesario del marco jurídico vigente debe comenzar con la aclaración de que los sistemas de IA no tienen personalidad jurídica ni conciencia humana». En un vehículo automatizado lo autónomo es el sistema, que puede realizar las tareas de la conducción por sí mismo y, combinando los datos facilitados con los que adquiere con los sensores, todas las decisiones que toma se dirigen a cumplir con aquello para lo que le han diseñado.

Posteriormente, va analizando los diversos niveles de automatización de la conducción. Aquí es donde el autor acusa que no existe armonización entre los estándares de automatización de vehículos, sino que coexisten distintos baremos, sobresaliendo el estándar J-3016 elaborado por la SAE, que destaca por su alto nivel de detalle y es un referente para los legisladores nacionales e internacionales. En dicho estándar, el nivel de autonomía se determina en función del nivel de intervención del conductor, yendo del nivel 0 al nivel 5. Los vehículos automatizados, propiamente dichos, son los de nivel 4 y 5, en los que el sistema monitoriza y procesa su entorno para circular con seguridad hasta llegar a prescindir de la intervención del conductor humano. Aunque se le dota de Inteligencia Artificial, por lo cambiante de la realidad, el sistema no puede prever todas las situaciones posibles, por lo que será necesario bien un seguro obligatorio de accidentes o bien una acción de responsabilidad civil por productos defectuosos.

El autor continúa en el Capítulo 2 «La conducción automatizada en la legislación. Perspectivas comparadas», donde expone que, en 1986, por primera vez, Dickmanns anunció el éxito de un trayecto realizado por un sistema de conducción automatizada, iniciándose un proceso disruptivo que cam-

biaría el sistema de transportes y los sistemas legales que los regulan. En principio, la normativa de circulación de vehículos convencionales podría no ser suficiente para los vehículos automatizados por 3 razones: a) a nivel normativo, la Convención de Viena de 1968 exige que exista un conductor humano con control sobre el vehículo en todo momento. Incluso tras su modificación en 2014, el texto excluiría a los vehículos automatizados de nivel 5, que no requieren conductor de respaldo; b) en cuanto al SOA, exigido a nivel europeo desde 1972, siempre ha presentado desajustes económicos y normativos entre los Estados miembros, y hasta la fecha se han dictado seis Directivas diferentes para tratar de proteger a las víctimas; y c) aunque la Resolución 2018/2089 ha tratado de incluir en la agenda de política comunitaria la conducción automatizada, los avances individuales en esta tecnología ha traído un mapa marcado por la pluralidad normativa, en el que los diferentes Estados han impulsado deficientemente su propia regulación de los sistemas inteligentes de transporte, ya sea por no aclarar la extensión del concepto de conductor o por no detallar el modo en que se afecta el SOA. Entre los diferentes Estados, el autor analiza Alemania, Reino Unido, España, Francia e Italia, pero no olvida otros ordenamientos más avanzados en zonas de EE. UU., con una gran variedad de normas nacionales (que no federales) sobre conducción automatizada, y Asia, donde Japón y China tienen un gran desarrollo, más completo en Japón.

Así, en el Capítulo III «La responsabilidad civil de la circulación de vehículos automatizados en el ámbito del SOA» comienza con el análisis específico de la responsabilidad civil en siniestros con vehículos automatizados. Se plantea por ello si las normas tradicionales de responsabilidad civil son o no aplicables a estos casos.

Este análisis presenta un gran problema para el Derecho español: la responsabilidad por los daños causados es una responsabilidad subjetiva, por culpa, y hay que poner este régimen en consonancia con las teorías apoyadas tanto por autores como por la Resolución 2015/2103 y que diferencian entre el usuario de un producto con autonomía, su propietario, su fabricante e incluso el propio producto en sí mismo considerado como sujeto responsable. Para solventar todas estas cuestiones, Zornoza se plantea diferentes hipótesis y concluye que el sistema de responsabilidad civil por culpa es insatisfactorio, defendiendo desde este momento la responsabilidad civil objetiva o por riesgo, creado por la conducción. Con esto, afirma que el punto de partida debe ser el actual régimen de la responsabilidad civil de vehículos convencionales, destacando además el papel del seguro obligatorio.

Adecuando el discurso al vehículo automatizado, el responsable del daño es quien maneja el volante o supervisa la conducción (conductor convencional / conductor de respaldo) por ser quien genera el riesgo al poner el vehículo en las vías. En España, esta solución no choca con lo previsto en el Texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, donde la responsabilidad es por riesgo y se atribuye al conductor de un vehículo a motor, si bien el obligado a contratar el SOA es el propietario del vehículo y no el conductor. El SOA se relaciona con la responsabilidad civil a través el concepto de vehículo a motor y por el hecho de la circulación del vehículo. Por un lado, el problema es determinar si el vehículo automatizado es un vehículo a motor de los cubiertos por el SOA, pero también hay que decidir qué se entiende por hecho de la circulación. La circulación de vehículos, dado que el SOA también cubre daños causados por un vehículo con el motor apagado, debe entenderse en un sentido amplio para

proteger a las víctimas, aunque el autor considera que debería limitarse sólo a los riesgos creados con la conducción de vehículos, y no cubrir cualquier tipo de daño derivado del uso de vehículos.

Utilizando la normativa española e italiana, así como la doctrina del TJUE, Zornoza entiende que cualquier vehículo automatizado con habilitación para circular debe contar con un seguro obligatorio, pues los daños que produzca se considerarán hechos de la circulación. El conductor responsable de los daños, según el SOA, es aquel que controla el vehículo o tiene a su cargo el control del mismo, lo que implica un nivel de dirección y control que trasciende de la mera manipulación del volante: el conductor de respaldo responde por la supervisión y por generar un riesgo al utilizar un vehículo privado para desplazarse. También en un vehículo automatizado de nivel 5, que se responde por el riesgo generado a la sociedad con una actividad de la que sólo se beneficia de modo directo quien la práctica. De esta responsabilidad puede quedar exonerado el conductor si concurre fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima, ya que son eventos extraños a la conducción.

En el capítulo IV «Otros regímenes de responsabilidad vinculados a la responsabilidad civil automovilística derivada del uso de vehículos automatizados», el Doctor Zornoza se plantea la posible responsabilidad del fabricante de vehículos automatizados. Para ello, rechaza la hipótesis de que el fabricante del sistema deba responder de la responsabilidad civil automovilística cuando estamos ante un vehículo automatizado de nivel 4 o 5, debido básicamente a que quien genera el riesgo cubierto por esta responsabilidad civil es quien pone el vehículo en circulación, que no es otro que el conductor de respaldo.

No obstante, como el vehículo automatizado es esencialmente software y hardware, éste puede tener fallos o defectos y se pregunta ¿cabe exigir responsabilidad al fabricante por otras vías? Para determinarlo, comienza por explicar qué debe entenderse por fabricante del vehículo automatizado y cuál es el papel del programador del sistema. También se ha de analizar si el vehículo automatizado es un producto de consumo, lo que parece que sí, conforme a lo que también señala el Derecho italiano. Si el vehículo es un producto, y por ser defectuoso genera daños, ¿quién repara esos daños? Para ello, es necesario conocer qué se entiende por defecto, para lo que el autor, manejando magistralmente la normativa comunitaria, comparada y española, determina que es la vulneración de la expectativa de seguridad de una persona respecto de un producto.

Producido el daño por defecto, uno de los grandes problemas para reclamar al fabricante su reparación es la carga de la prueba, que recae sobre la víctima y no sobre el fabricante. A esto se unen las dificultades económicas del perjudicado para acceder a las pruebas periciales y la competencia territorial cuando el producto se fabrica fuera del país de origen del conductor. Si el conductor es un consumidor medio debe estar informado, lo que obliga al fabricante a poner a su disposición todo el contenido que le permita formarse una idea veraz de las prestaciones del producto, evitando excesos y confusión en dicha información. En nuestro caso, el consumidor ha de conocer las capacidades del sistema de automatización y adecuar su comportamiento a esos límites. Los defectos de diseño de la programación del vehículo automatizado provocan que el defecto exista desde la concepción del producto y no durante su fabricación, pero los fallos puntuales que se den, por ser inherentes al funcionamiento de productos electrónicos, son supuestos de caso fortuito, y debe asumirlos quien realiza la actividad o se beneficia de ella. El

autor, en este punto, analiza también la relevancia de si el vehículo automatizado, tras la actualización del software, puede considerarse un producto nuevo o sólo un producto modificado, pues la acción del consumidor por los daños producidos por productos defectuosos tiene un plazo de 10 años desde que el producto se pone en el mercado. Respecto de la actualización o mejora del software del vehículo, el fabricante no está obligado a ofrecerla, y conforme a la Directiva 2019/771 al consumidor sólo se le reconoce una expectativa temporal similar a la garantía comercial de 2 años, con el fin de que el producto cumpla su función. Pero en el caso de un vehículo (convencional o automatizado) el periodo razonable de vida útil, conforme al Reglamento CE 1400/2002, sería de 12 años, y Zornoza considera que durante ese tiempo las actualizaciones deberían estar disponibles.

También merecen una revisión las causas de exoneración de la responsabilidad del fabricante por el defecto, destacando la prevista en el art. 7 de la D. 85/374/CEE: «el estado del arte» o «estado de la técnica»: consistente en «que en el momento de la puesta en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto». Esta exención normalmente se refleja en el EULA como cláusula relativa al riesgo de desarrollo.

Finalmente, el autor diferencia entre ocupante y pasajero y analiza la posible responsabilidad del fabricante del vehículo automatizado por la vía de la normativa de servicios de transporte, que será posible alegar siempre que el particular sea usuario de un servicio de transporte de pasajeros prestado profesionalmente por el fabricante del vehículo.

Para terminar el trabajo, Zornoza dedica su capítulo V «Conclusiones y apuntes finales sobre la conducción automatizada», entre las que destaca cómo en los casos de conducción automatizada es posible aplicar, sin modificación, la legislación vigente en materia de responsabilidad civil automovilística y SOA, siendo civilmente responsable el conductor de respaldo. Al final, dado su gran conocimiento sobre la legislación de vehículos automatizados en Europa y en el resto del mundo, propone determinadas soluciones de *lege ferenda*.

Para facilitar la labor del lector y estudioso del tema, el doctor Zornoza nos facilita en su Anexo I un diccionario de términos y una amplia relación bibliográfica y jurisprudencial utilizada en su trabajo.

Llegados a este punto, el lector puede hacerse idea de que estamos ante una obra de gran valor que nos permite conocer, jurídicamente, el régimen de los vehículos automatizados o «autónomos» no sólo en España, que hasta ahora están en estado incipiente, sino también en Europa y en otras zonas como América del Norte y Asia. El tema, de gran actualidad, está empezando a ser estudiado por la doctrina española y esta obra será de gran utilidad para los investigadores.

El doctor Zornoza destaca por el rigor en el tratamiento de los problemas que analiza, comenzando con temas no jurídicos para poder desarrollar su trabajo. Continúa analizando con gran dominio y agilidad la legislación y jurisprudencia españolas y extranjeras, enlazando sus diferencias. Ello dota a este trabajo de gran uniformidad y coherencia, lo que se agradece por el lector que, en ocasiones, con tantos datos y normas, puede llegar a perderse.

Finalmente, no sólo expone la situación del Derecho español y comparado, sino que, desde un punto de vista crítico, aporta también soluciones de *lege ferenda*.

En conclusión, se puede afirmar que estamos ante una magnífica obra, de tema novedoso y «puntero» que merece ser tenida en cuenta no sólo por la doctrina, sino también por el legislador si busca dotar de una regulación coherente y sin contradicciones al problema de la conducción automatizada. Pero también es una buena obra para aquellos profesionales que pretendan estudiar o conocer la situación legal actual de los vehículos automatizados de nivel 4 y 5 con conductor de respaldo y su regulación en ordenamientos de nuestro entorno. La Inteligencia Artificial hoy, aplicada a cualquier objeto, obliga al estudioso del Derecho a una labor de análisis y renovación de la normativa existente, y es un proceso en expansión que debe tenerse en cuenta. El legislador español, aún, debe desarrollar la cuestión y hacerlo de manera completa y rigurosa. A través de esta obra podemos conocer y tener los datos suficientes para emprender el camino legislativo correspondiente.

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid) María del Rosario DÍAZ ROMERO (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Profesor titular de Derecho comparado. Universidad de Pavia [Italia]), Enrique GANDÍA PÉREZ (Profesor ayudante doctor de Derecho mercantil. Universidad Autónoma de Madrid), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Andrea MACÍA MORILLO (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. – II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.-Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

BENAÏDA, K.: «Quand la hiérarchie des normes n’arrive pas à s’imposer aux experts», *GP*, 2022, núm. 22, pp. 17-20.

La indemnización de las víctimas de infecciones nosocomiales se basa en la Ley de 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud. A falta de una definición legislativa o reglamentaria, ha llevado a la jurisprudencia a definir las infecciones nosocomiales. Esta evolución permanente es fuente de dificultades entre los expertos interrogados sobre la naturaleza nosocomial de una infección en el marco de un peritaje médico. Los autores vuelven sobre este concepto y discuten las últimas evoluciones jurisprudenciales. (R.A.R.)

FULCHIRON, H.: «La part de flou dans le droit. Variations sur la souplesse de la règle de droit», *RTDC*, 2022, núm. 2, pp. 333-342.

El autor considera que el Derecho tiene partes muy débiles que lleva a una gran flexibilidad en torno a las normas jurídicas. (R.A.R.)

JESTAZ, Ph.: «Existe-t-il un pré-droit animal?», *RTDC*, 2022, núm. 1, pp. 81-88.

El gran debate sobre la protección animal y la protección jurídica otorgada por el Estatuto de los animales domésticos en Francia, llevan a plantearse al autor si existe una nueva rama jurídica, la del derecho de los animales. (R.A.R.)

MENARD, B.: «Le contrôle de proportionnalité: vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit?», *RTDC*, 2022, núm. 1, pp. 1-24.

Los graves problemas de proporcionalidad en el ámbito jurídico. El autor tiende a utilizar la teoría del abuso de derecho utilizando para ello el derecho de propiedad. (R.A.R.)

XENOUE, L.: «Effet direct des directives: le refus par la Cour de cassation de considérer un organisme de droit privé comme une émanation de l'État», *SJ*, 2022, núm. 1, pp. 22-25.

Consecuencias del efecto directo de las Directivas comunitarias en la aplicación de la norma por el tribunal de casación francés. (R.A.R.)

DERECHO DE LA PERSONA

ALBANO, S.: «Vaccino anti Covid-19: contrasto tra genitori e volontà del figlio adolescente», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 189-196.

Con ocasión del comentario de una sentencia de un tribunal de Monza sobre la vacunación forzosa frente al Covid-19, la autora examina la cuestión de la relevancia que debe otorgarse a la voluntad del menor como criterio que puede guiar al juez en un conflicto frente a los padres relativo a derechos fundamentales. (A.M.M.)

ALÚ, A.: «Canzellazione delle “copie cache” e tutela del diritto all'oblio “digitale”: spunti di riflessione sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 3952/2022», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 105-137.

El trabajo reflexiona sobre la configuración del derecho al olvido en el entorno digital, al hilo del comentario de una reciente Sentencia de casación. Se incide especialmente en el funcionamiento del derecho de exclusión, como medida específica distinta de la cancelación de las páginas web almacenadas en caché por los motores de búsqueda en línea, y que no produce los efectos irreversibles absolutos propios de la cancelación. (A.M.M.)

BENNI DE SENA, A.: «Il rifiuto di sottoporsi a vaccinazione anti-Covid-19 non giustifica la revoca delle misure temporanee di accoglienza del richiedente asilo. Spunti di riflessioni dal diritto amministrativo al diritto civile», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 439-456.

En un caso en el que se ordenó judicialmente retirarles las medidas de acogida a un solicitante de asilo que se negó a vacunarse contra el Covid-19, se plantea la posible existencia de una obligación al respecto, así como la posible incidencia de las obligaciones indirectas sobre los derechos fundamentales en casos como el que plantea la vacunación contra el Covid-19. (A.M.M.)

BLANQUET, A.: «Le nom d'usage au regard de l'identité de la personne», *RTDC*, núm. 1, pp. 59-80.

La última normativa en materia de estado civil establece que tiene valor solo el nombre de familia y no el nombre usado normalmente. El autor, se plantea en este artículo el valor del nombre usado normalmente en la vida diaria que normalmente suele identificar a la persona, más que el nombre familiar. (R.A.R.)

CERIOLO, J. P.: «La mediazione laica sul crocifisso a scuola nel diritto vivente: da simbolo pubblico “del potere” a simbolo partecipato “della coscienza”», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 9-26.

Al hilo del análisis de una Sentencia de casación de 9 de septiembre de 2021, el artículo profundiza en el largamente controvertido tema de los símbolos religiosos en las escuelas, en un caso en que un maestro se quejó de la exhibición de un símbolo en el aula. Se analiza especialmente el principio de laicidad del Estado como trasfondo del asunto. (*A.M.M.*)

CESARO, G.: «L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.», *NLCC*, 2022, núm. 1, pp. 48-75.

Análisis de la figura del curador especial del menor, ante la reforma de los artículos 78 y 80 c.p.c. introducida por la legge 26 novembre 2021, n. 206, con especial referencia a las situaciones de crisis familiar y participación del menor en el procedimiento. (*M.R.D.R.*)

CHEYNET DE BEAUPRÉ, A.: «Face à un âge vraisemblable, les tests osseux ne peuvent à eux seuls conduire à retenir la majorité de l'intéressé», *SJ*, 2022, núm. 12, pp. 606-608.

El uso de pruebas radiológicas óseas se ha vuelto casi sistemático en algunas jurisdicciones, a pesar de su carácter subsidiario, y las conclusiones de las pruebas pueden prevalecer sobre los demás elementos contenidos en el conjunto de pruebas y en numerosas decisiones. La elusión del artículo 388 del Código Civil no permite garantizar en Francia el principio constitucionalmente establecido del interés superior del niño. Existencia en Francia de una proposición de ley restringiendo el uso de estas pruebas. (*R.A.R.*)

CIANCIMINO, M.: «Circolazione “secondaria” di dati sanitari e biobanche. Nuovi paradigmi contrattuali e istanze personalistiche», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 26-69.

Las cuestiones relativas a la protección de datos y, fundamentalmente, de los derechos fundamentales de los interesados son examinadas en este trabajo, en relación con la transmisión de un biobanco por una empresa a otra. Dejando al margen las cuestiones contractuales derivadas de la cesión, se analizan las características esenciales de la circulación de los datos de salud en estos casos y el papel de los sujetos involucrados en el tratamiento de los datos. (*A.M.M.*)

— «La libertà di espressione nel mondo digitale: alcune coordinate civilistiche in tema di contenuti controversi sui social network», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 360-389.

El artículo se centra en los límites que deben establecerse frente a la libertad de expresión en el contexto de determinados comportamientos que se desarrollan actualmente en el ámbito de las redes sociales y que pueden suponer una lesión de valores y derechos fundamentales del ordenamiento. (*A.M.M.*)

COCUCCIO, M.: «Dimensione “patrimoniale” del dato personale e tutele risarcitorie», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 230-256.

La autora examina el creciente fenómeno de la patrimonialización de los datos personales, así como el peligro que conlleva para los derechos fundamentales de los usuarios, cuyo derecho a la intimidad se pone en riesgo. Se incide especialmente sobre la importancia de la información previa a los sujetos en el contexto en el que se vaya a proceder a la recopilación de tales datos y en el posible resarcimiento de los daños que causa su tratamiento ilícito. (A.M.M.)

D'AVACK, L.: «Aiuto al suicidio medicalizzato: una futura legislazione», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 609-631.

Tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional italiano en el año 2019 sobre la necesaria regulación legal del suicidio médicamente asistido, el legislador ha mantenido un largo silencio hasta fechas recientes, en las que se acaba de aprobar un Proyecto de ley sobre la materia. El trabajo se ocupa de su análisis, sobre la idea de que, aunque se trata de un texto mejorable, cubre parte de las lagunas que quedaron sin resolver tras la mencionada sentencia de hace tres años. (A.M.M.)

FAVIER, Y.: «Loi relative à la protection de l'enfant: une réforme mesurée mais utile», *SJ*, 2022, núm. 12, pp. 598-601.

Estudio a propósito de la ley núm. 2022-140, de 7 de febrero sobre protección de los niños, aprobada recientemente en Francia. Utilidad de la reforma. (R.A.R.)

GIACOBBE, E.: «Non presenza del soggetto e rapporti giuridici patrimoniali: circolazione dei beni e pubblicità», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 708-729.

El trabajo se centra en examinar los efectos de la declaración de fallecimiento conforme a la regulación italiana. Se ocupa especialmente de la cuestión de la eventual reaparición del declarado fallecido, así como de la circulación de sus bienes y del sistema de publicidad relacionado con la declaración. (A.M.M.)

GIAIMO, G.: «Cui prodest servare? Due ipotesi di destinazione per gli embrioni crioconservati», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 254-290.

La prohibición de donación de embriones crioconservados que establece la Ley 40/2004 obliga al mantenimiento indefinido de tal situación de conservación no solo para los embriones aptos para la implantación, sino igualmente para los que se ven afectados por un defecto o enfermedad. Frente a esta situación indeseable, se examinan los beneficios que implicaría la posible donación de tales embriones no utilizados, respectivamente, para adopción o para fines de investigación científica. (A.M.M.)

PETTITI, Ch.: «La Cour européenne des droits de l'Homme et la Fédération de Russie (2021-2022)», *GP*, 2022, núm. 11, pp. 13-16.

El Consejo de Europa ha expulsado a Rusia, el 16 de marzo de 2022, por lo que la Federación de Rusia dejará de ser Alta Parte Contratante en el Convenio Europeo de Derechos Humanos el 16 de septiembre de 2022. De conformidad con la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2022, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tramita-

rá las demandas presentadas contra Rusia por presuntas violaciones del Convenio que se hayan producido hasta el 16 de septiembre de 2022. El Comité de Ministros seguirá vigilando la aplicación de las sentencias y los acuerdos extrajudiciales. La Federación de Rusia está obligada a cumplir todas sus obligaciones financieras hasta el 16 de marzo, y también es responsable de todos los atrasos acumulados hasta esa fecha. (R.A.R.)

RASCHEL, E.: «Peut-on rire de tout? Réflexions sur les “lois du genre” des expressions humoristiques», *RDS*, 2022, núm. 27, pp. 1367-1374.

El autor analiza la libertad de expresión y se plantea los problemas que el humor puede traer cuando choca con las leyes de género. ¿Dónde hay que poner el límite? (R.A.R.)

RIPOCHE, E.: «Les divergences de jurisprudence devant la Cour européenne des droits de l’homme: l’émergence d’un droit à une jurisprudence équitable», *RTDC*, 2022, núm. 1, pp. 25-40.

Las distintas decisiones del tribunal Europeo de derechos humanos según como se plantean ante él los litigios trae consigo decisiones contradictorias que producen confusión e inseguridad. El autor se plantea la necesidad urgente de conseguir una cierta uniformidad que lleve a una jurisprudencia más equitativa. (R.A.R.)

SÉNAUX, A.: «Tenues vestimentaires dans l’espace judiciaire: quelle place pour la liberté religieuse?», *RDS*, 2022, núm. 23, pp. 1165-1169.

Desde hace algunos años, el uso de trajes y símbolos religiosos en los tribunales suscita reacciones diversas. ¿Debemos, en nombre del principio de laicidad, prohibirlas absolutamente, en todas partes y siempre? Por el contrario, ¿hay que limitar esta prohibición únicamente a los trajes destinados a provocar un trastorno del orden público? Se imponen distinciones. Lugar destacado del servicio público, la justicia de la República es también un precipitado de vida social, con sus trajes y sus trajes civiles. Choque entre la libertad religiosa y el principio de laicidad. (R.A.R.)

TORRE SCHAUB, M.: «Le droit à l’honneur dans le dernier rapport du GIEC. À propos du 6e rapport du GIEC du 4 avril 2022», *SJ*, 2022, núm. 17, pp. 872-873.

Los problemas en torno al informe del Grupo de Expertos intergubernamental sobre la evolución del clima. Las medidas propuestas para reducir emisiones llevan a un ataque contra el derecho al honor. (R.A.R.)

VENCHIARUTTI, A.: «Una disciplina speciale per la manifestazione del consenso dei soggetti incapaci al trattamento sanitario del vaccino anti Covid 19», *NLCC*, 2022, núm. 1, pp. 76-99.

Reflexiones sobre los requisitos y procedimiento para la emisión de consentimiento válido de las personas incapaces ante la vacuna anti COVID, y el nombramiento de un administrador de apoyo para este acto, respetando la voluntad del interesado, la opinión de los familiares y la intervención del juez tutelar. (M.R.D.R.)

VIALLA, F: «Maladie d'amour? À propos de la loi du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne», *SJ*, 2022, núm. 7-8, pp. 361-364.

Conforme a la Ley 2022-92 las prácticas, comportamientos o declaraciones reiterados destinados a modificar o reprimir la orientación sexual o la identidad de género; verdadera o supuesta, de una persona que tenga por efecto una alteración de su salud física o mental se castigarán con dos años de prisión y una multa de 30.000 euros. (R.A.R.)

PERSONA JURÍDICA

LAFaurie, K.: «L'intérêt social, condition de la désignation d'un mandataire ad hoc aux fins de convocation d'une assemblée générale», *SJ*, 2022, núm. 6, pp. 329-331.

El Tribunal de Casación se ha pronunciado en la sentencia de Cass. com. de 15 de diciembre de 2021, sobre la designación de un mandatario ad hoc cuya función sea convocar una asamblea general para destituir al actual administrador y nombrar uno nuevo. En ella se reafirma la posición de que el juez que conoce de tal solicitud sólo puede acogerla favorablemente si es conforme al interés social sin tener que pronunciarse sobre la oportunidad de la solicitud. (R.A.R.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AL MUREDEN, E.: «Il danno da farmaco tra valenza delle norme tecniche armonizzate e responsabilità per esercizio di attività pericolosa», *CI*, 2021, núm. 4, pp. 1038-1047.

Tradicionalmente, la *Corte di Cassazione* venía excluyendo la responsabilidad del fabricante cuando los productos cumplían con los estándares legales de seguridad (*vid.*, por todas, Cass., 15 marzo 2007 n. 6007, in *Resp.civ. prev.*, 2007, p. 158). No obstante, en tiempos más recientes, ha abierto las puertas a la posible indemnización de los daños provocados por aquellos productos que, aun siendo conformes con tales estándares, revisten una particular peligrosidad (como son las bombonas de gas, los derivados del tabaco, los fuegos artificiales, los fármacos, etc.), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2050 del *Codice civile* (que hace responsable a aquél que ocasione un daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, si no demuestra haber adoptado todas las medidas idóneas para evitarlo). Con todo, esta interpretación amplia del citado precepto podría ir en contra de la armonización del Derecho de la Unión Europea en materia de responsabilidad del fabricante. De ahí que el autor abogue por una vía intermedia: con carácter general, el cumplimiento de los estándares técnicos ha de ser suficiente para excluir la responsabilidad del fabricante; pero, en supuestos excepcionales, la conformidad del producto debe considerarse sólo como una mera condición para su comercialización, como sucede, por ejemplo, con los productos sanitarios (*vid.* art. 39 d. lgs. núm. 219, de 24 de abril de 2006, equivalente al art. 23.2 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el proce-

dimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente). (E.G.P.)

ASTONE, A.: «Responsabilità sanitaria ed emergenza pandemica», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 731-774.

El contexto de la pandemia por Covid-19 desatada mundialmente en el año 2020 sirve de marco para revisar los presupuestos de la responsabilidad médica, tal como quedaron conformados en Italia tras la reforma del año 2017. Junto al análisis de la responsabilidad de la Administración pública por su actuación durante la pandemia, se analiza en qué medida las normas civiles actuales proporcionan en estos casos soluciones equilibradas que tengan en cuenta suficientemente el equilibrio de intereses en conflicto entre los profesionales sanitarios, que se vieron obligados a actuar en un contexto de emergencia y de desconocimiento de la enfermedad tratada, y los pacientes perjudicados por las actuaciones médicas desarrolladas. (A.M.M.)

BASSILANA, E. M.: «La redéfinition du surendettement des particuliers par l'inclusion des dettes professionnelles: enjeux et conséquences», *GP*, 2022, núm. 13, pp. 11-14.

Al modificar el artículo L. 711-1 del Código del Consumo y su definición del endeudamiento excesivo, el artículo 10 de la Ley núm. 2022-172, de 14 de febrero de 2022, pretende simplificar la situación de numerosos deudores, entre ellos los directivos de sociedades. Sin embargo, existe el riesgo real de alterar los equilibrios ya precarios que prevalecían en la articulación entre los procedimientos colectivos del Código de Comercio y los del Código de Consumo. (R.A.R.)

BATTILORO, V.: «Un significativo arresto della giurisprudenza di merito sull'opaco confine tra affitto d'azienda e locazione di immobile C. D. Commerciale con pertinenze», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 563-592.

El trabajo se centra en los problemas de calificación de un contrato de explotación de un inmueble para fines productivos, determinando la distinción entre la tenencia de una unidad de negocio y el arrendamiento para uso no residencial con propósitos productivos. A juicio de la jurisprudencia, la clave reside en la previa existencia o inexistencia de un complejo comercial de bienes muebles o inmuebles ya organizados por el otorgante para el ejercicio de una actividad empresarial planificada y determinada en la que esté presente el empresario que se hace cargo del negocio. (A.M.M.)

BENAÏDA, K.: «Quand la hiérarchie des normes n'arrive pas à s'imposer aux experts», *GP*, 2022, núm. 22, pp. 17-20.

La indemnización de las víctimas de infecciones nosocomiales se basa en la Ley de 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud. A falta de una definición legislativa o reglamentaria, ha llevado a la jurisprudencia a definir las infecciones nosocomiales. Esta evolución permanente es fuente de dificultades entre los expertos interrogados sobre la naturaleza nosocomial de una infección en el marco de un peritaje médico. Los autores vuelven sobre este concepto y discuten las últimas evoluciones jurisprudenciales. (R.A.R.)

BENEDETTI, A.: «Pregiudizi anticontrattuali e danno non patrimoniale da inadempimento», *RDC*, 2022, núm. 1, pp. 1-14.

Observaciones sobre el daño no patrimonial por incumplimiento de contratos y los prejuicios ideológicos o culturales. (*M.R.D.R.*)

BETTONI, L.: «Les nouvelles dispositions du code civil consacrées au prolongement du lien contractuel», *RTDC*, 2022, núm. 2, pp. 309-332.

La ordenanza de febrero de 2016 modificó el derecho de obligaciones y contratos en Francia. En dicha modificación se recogen nuevos artículos sobre el alargamiento del vínculo contractual. El autor analiza dichas normas que afectan a la formación y duración del contrato. (*R.A.R.*)

BINOIS, F.: «Vers une abrogation de l'article 1175 du code civil?», *RDS*, 2022, núm. 19, pp. 956-962.

Durante la pandemia COVID, se reformó el código civil francés en 2019 para introducir la posibilidad de firma electrónica tanto en 1 a. Los actos con firma privada relativos al Derecho de familia y de sucesiones, excepto los acuerdos firmados por abogados en presencia de las partes y depositados en el rango de los minutos de un notario; y, 1.b. 2 a. Los actos con firma privada relativos a garantías personales o reales, de carácter civil o comercial, salvo que hayan sido realizados por una persona para las necesidades de su profesión. La ordenanza 2021-1192 de 15 de septiembre 2021 ha derogado el párrafo 2.º en su artículo 26 modificando el párrafo 1.º (*R.A.R.*)

BONFANTE, B.: «Cessione parziale del credito e posizione del debitore ceduto», *RDC*, 2022, núm. 3, pp. 565-584.

Interpretación del artículo 1262.2 c.c, sobre cesión parcial de créditos y obligación del deudor de consignar copia autenticada del título al cesionario. Tutela del deudor cedido e incidencias en el proceso de ejecución de la prestación cedida. (*M.R.D.R.*)

BUSSANI, M.: «Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile», *RDC*, 2022, núm.2, pp. 264-306.

De nuevo sobre la función de la responsabilidad civil: reparación del daño, efecto sancionatorio. (*M.R.D.R.*)

BRUTTIN, J.: «Les nouvelles règles d'octroi des crédits immobiliers», *RDI*, núm. 3, pp. 136-140.

Con el nuevo año vienen nuevas normas sobre los créditos inmobiliarios. Hasta ahora, el Consejo Superior de Estabilidad Financiera (HCSF) sólo había emitido recomendaciones, desde el 1 de enero de 2022, se han convertido en obligaciones. Cualquier banco infractor podrá ser sancionado por la Autoridad de Control Prudencial y de Resolución (ACPR). Estas nuevas disposiciones establecen la duración máxima de los préstamos, el coeficiente de endeudamiento y el porcentaje autorizado de excepciones a estas normas. Así, los bancos no podrán ofrecer créditos con una duración de reembolso superior a 25 años; un coeficiente de endeudamiento del 35 % y una exención del 20 % máximo; y, en caso de incumplimiento, la ACPR, encargada de la verificación y de los controles, podrá aplicar sanciones, de la culpa a las multas. (*R.A.R.*)

CATAUDELLA, A.: «Appunti sull'interpretazione del contratto», *RDC*, 2022, núm. 3, pp. 524-542.

Interpretación del contrato y respeto a la autonomía privada de las partes. Normas de interpretación de los contratos, principios fundamentales e intervención judicial. (*M.R.D.R.*)

DEFFAINS, B./DE MONTCUIT, G.: «Proposition d'un régime de responsabilité objective applicable au dommage causé par une machine auto-apprenante», *RTDC*, núm. 2, pp. 257-286.

Sistema de responsabilidad objetiva en los casos de daños causados por máquinas autónomas, siguiendo la estela europea de daños por inteligencia artificial. (*R.A.R.*)

DELLACASA, M.: «Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo: ovvero, sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione», *RDC*, 2022, núm. 1, pp. 15-44.

Análisis de los efectos de la resolución contractual y la restitución debida por la parte a la que se restituye el precio de la prestación. Distintos supuestos de resolución, y obligaciones de restitución de lo percibido tras la restitución del precio. (*M.R.D.R.*)

— «Il sinallagma rovesciato nell'azione redibitoria: una riflessione sulle restituzioni imperfette», *RTDPC*, 2022, núm. 1, pp. 9-43.

Reflexiones sobre la compleja situación de imposibilidad de restitución in natura en los supuestos de resolución contractual, al no poder restituirse la cosa en el estado en que se encontraba en el momento de la ejecución del contrato. (*M.R.D.R.*)

DENIMAL, M.: «Le régime juridique applicable au recours des victimes des vaccins contre le virus du Covid-19», *GP*, 2022, núm. 14, pp. 11-13.

Un año después de la apertura de la campaña de vacunación, las voces de las víctimas de efectos secundarios indeseables permanentes se elevan, por la que se plantea la cuestión del régimen aplicable a los recursos de reparación de sus perjuicios, así como las interrogantes sobre los elementos probatorios que condicionan su admisibilidad. En principio se aplicaron las vacunas conforme al artículo 1 L 3111-2 del Código de salud pública. (*R.A.R.*)

DREIFUSS-NETTER, F.: «L'action civile des victimes d'infractions, une action peu civile...», *RDS*, 2022, núm. 28, pp. 1402-1409.

El autor analiza las diversas posibilidades de ejercitar una acción civil cuando las víctimas sufren delitos de odio o discriminatorios. En particular, la posibilidad del ejercicio por una asociación. (*R.A.R.*)

FACCIOLI, M.: «Liquidità e certezza del credito nelle forme di compensazione non convenzionali», *RDC*, 2022, núm. 1, pp. 45-67.

Análisis histórico comparativo sobre la compensación con activos líquidos y la importancia de la certeza del crédito y los requisitos de operatividad de estos modos no convencionales de extinción de las obligaciones. (*M.R.D.R.*)

FRANZONI, M., «La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere», *CI*, 2021, núm. 4, pp. 1103-1124.

Se trata de una reflexión general acerca de las funciones que la responsabilidad civil ha ido asumiendo a lo largo del tiempo. Considerada, en un primer momento, como un instrumento de tutela de la propiedad, alcanzó una notable relevancia práctica como consecuencia del aumento de los accidentes de tráfico y, a mediados del siglo pasado, despertó el interés de la doctrina, que dirigió sus esfuerzos a tratar de construir un régimen de responsabilidad objetiva basada en el riesgo (TRIMARCHI), al tiempo que el centro de atención se desplazaba del autor del daño a la víctima (RÒDOTÀ). El resultado fue un aligeramiento de la carga de la prueba y una ampliación significativa del ámbito de la responsabilidad civil, que pasó a abarcar desde la lesión de los derechos de crédito o de las simples expectativas, hasta los daños ocasionados por la falta de adaptación al Derecho nacional de las Directivas comunitarias. En la década de los setenta, la tutela aquiliana se extendió asimismo a los derechos de la personalidad y, a partir de los noventa, se produjo un incremento exponencial de la responsabilidad civil médica. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, la *Corte di Cassazione* parece haber puesto freno a esta tendencia expansiva, rechazando, por ejemplo, la obligación de indemnizar los daños no patrimoniales de cuantía insignificante (los llamados *danni bagatellari*), sobre la base de que cualquier persona inserta en el complejo contexto social ha de aceptar tales daños, en virtud del principio de solidaridad regulado en el artículo 2 de la Constitución italiana. Está por ver si esa tendencia se reactiva en un futuro cercano, como consecuencia del desarrollo de la inteligencia artificial y de la imposición a las empresas de nuevas obligaciones en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo (los tan traídos y llevados criterios *ESC*). (E.G.P.)

FUCHS-CESOT, A.: «Loi 3DS et quotas de logements sociaux: des tigres de papier?», *RDI*, 2022, núm. 4, pp. 200-208.

Los problemas de vivienda han avivado la necesidad de alquileres sociales en Francia. La Ley 3DS ha vuelto a alterar la normativa existente aumentando el porcentaje que debe reservarse a estos alquileres. La Ley 3DS se ha dedicado una vez más a revisar el artículo 55 de la Ley SRU y su porcentaje obligatorio de 20 a 25% de viviendas sociales. Este se ha hecho permanente, pero algunas de sus modalidades de aplicación se han suavizado. (R.A.R.)

GALLAND, A.: «Quelle obligation d'assurance construction en cas de vente en l'état de l'immeuble inachevé?», *RDI*, 2022, núm. 7, pp. 368-393.

Se plantea el autor si es o no necesario asegurar una obra en casos de venta de inmueble inacabado, esto es, está en periodo de realización. En estos casos el Código civil, art. 1601-3.º solo señala las obligaciones de las partes, pero no se establece si es o no necesario asegurar la edificación mientras se termina el inmueble. (R.A.R.)

GATTI, S.: «Gli utili dell'illecito tra risarcimento e restituzione: il possibile contributo del diritto speciale all'evoluzione del diritto civile», *RDC*, 2022, núm. 1, pp. 68-95.

Reflexiones sobre el problema de los hechos lesivos que reportan utilidad al sujeto responsable del daño y posible aplicación de la legislación especial

del derecho de autor y de imagen a la normativa general de responsabilidad por daño para su cuantificación. (*M.R.D.R.*)

GEORGIU, A.: «Mistaken Payments, Quasi-contracts, and the ‘Justice’ of Unjust Enrichment», *Oxford J.Legal Stud.*, 2022, vol. 42, núm. 2, pp. 606-633.

Partiendo de la premisa que retener lo que se recibió por error es intuitivamente injusto, el autor pretende desentrañar dentro del Derecho inglés la cuestión de la cualificación jurídica de los pagos efectuados de manera errónea. Defiende que el deber moral de devolver se basa en un acuerdo tácito entre el pagador y el beneficiario ya que el pago era condicional. Para ello, se examinan críticamente las formas en las que nuestras intenciones pueden ser condicionadas, y cómo se comunican esas condiciones en nuestros acuerdos. El artículo explora qué implicaciones podría tener este esquema en relación con el enriquecimiento sin causa. (*A.F.*)

GIBIRILA, D.: «L’élégibilité à la procédure de surendettement des particuliers», *SJ*, 2022, núm. 7-8, pp. 375-379.

La situación de sobreendeudamiento se define en el Código del Comercio por «la imposibilidad manifiesta de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y pendientes». Tal situación de endeudamiento excesivo puede mitigarse o desaparecer mediante un procedimiento, gratuito aplicado por el Banco de Francia, de tramitación del endeudamiento excesivo. Para solicitarlo es necesario ser un particular, de nacionalidad francesa y tener deudas vencidas o pendientes relacionadas con la vida cotidiana y cuyo acreedor esté establecido en Francia; así como no haberse sobreendeudado voluntariamente. (*R.A.R.*)

GUIN, B. C.: «Mitigation evasion: lessor’s duty to mitigate damages under Louisiana law», *Tul.L.Rev.*, 2021, vol. 96, núm. 2, pp. 293-318.

Frente a una postura discordante de la jurisprudencia, se propone un análisis crítico sobre la posible presencia del deber del arrendador de mitigar los daños en el contexto del ordenamiento de Luisiana. El autor se decanta por la solución positiva bajo tres vertientes fundamentos. La principal justificación de la regla de no mitigación se basa en la premisa de que los arrendamientos son transmisiones de propiedad, además, no solo existiría un deber de mitigar para todos los obligados en el Código Civil (art. 2002), sino que también el deber de mitigar contribuye a la eficiencia económica y a desincentivar el despilfarro. (*A.F.*)

HOYER, M.: «Proportionnalité de l’engagement et « reste à vivre » en droit du cautionnement», *RTDC*, 2022, núm. 1, pp. 41-58.

El artículo L. 332-1 del Código de los Consumidores fue derogado el 1 de enero de 2022 con la entrada en vigor de la reforma del derecho de garantías reales efectuada por la Orden Núm. 2021-1192, de 15 de septiembre de 2021, de reforma del derecho de garantías reales. Esta nueva orden ha reformado el principio de proporcionalidad en materia de garantías estableciendo que: «si, en el momento de su celebración, la garantía suscrita por una persona física frente a un acreedor profesional fuera manifiestamente desproporcionada a los ingresos y al patrimonio de la fianza, se reducirá al importe por el cual ésta pudiera comprometerse en esa fecha». Además, ese nuevo artículo se ha

introducido de nuevo en el Código civil, sacándolo del Código de consumidores. (R.A.R.)

KILGUS, N.: «Des nouvelles précisions pour protéger les consommateurs confrontés au commerce en ligne», *SJ*, 2022, núm. 4, pp. 198-201.

La protección del consumidor por la utilización de plataformas es uno de los grandes retos que se han planteado. El autor analiza las nuevas medidas adoptadas de protección a los consumidores frente al comercio online. (R.A.R.)

LAPORTE, Ch.: «Publicités légales en matière de saisie immobilière: une formalité substantielle à peine de nullité», *SJ*, 2022, núm. 11, pp. 557-559.

El tribunal de Casación francés, sección civil, sala 2.^a, precisa, en la sentencia de 13 de enero de 2022, que los actos de publicidad previa a la adjudicación constituyen una formalidad sustancial, que está sancionada por nulidad por vicio de forma y que debe ser pronunciada a cargo de quien la invoque para probar la imputación que le causa la irregularidad. (R.A.R.)

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Les courtiers en crédit doivent-ils analyser la solvabilité de leurs clients?», *GP*, 2022, núm. 25, pp. 13-16.

Los intermediarios de crédito ven en ellos una serie de obligaciones legales y reglamentarias. Sin embargo, a pesar de las precisiones del derecho positivo, persisten incertidumbres sobre el contenido exacto de algunas de esas obligaciones. Por lo tanto, ¿estos profesionales deben necesariamente analizar la solvencia de sus clientes? La profundización de los textos nos impulsa a responder a esta pregunta de manera negativa. Se lamentará entonces que algunas jurisdicciones del fondo se pronuncien, a veces, favorables a una solución contraria. (R.A.R.)

— «Calcul du taux effectif global: les incertitudes liées aux frais de courtage», *GP*, 2022, núm. 10, pp. 15-17.

¿Deben tenerse en cuenta los costes de los intermediarios, y en particular la remuneración pagada al intermediario, en el cálculo de la tasa efectiva global del crédito inmobiliario? La respuesta a esta pregunta es importante, ya que puede afectar a la decisión de concesión del crédito. En efecto, las normas relativas al desgaste, aplicables a los créditos a los consumidores, prohíben al prestamista conceder una ayuda cuyo tipo sea usurario. (R.A.R.)

LATINA, M.: «L'accomplissement d'une condition suspensive n'est pas un acte d'exécution du contrat», *SJ*, 2022, núm. 12, pp. 613-616.

La condición resolutoria y su cumplimiento. Darse el evento condicional no implica un acto de ejecución del contrato condicionado. (R.A.R.)

LÉDUC, F.: «Le probleme de la rétractation par le souscripteur d'un pacte de préférence d'offre faite au bénéficiaire de conclure le contrat projeté», *RDS*, 2022, núm. 13, pp. 665-668.

El nuevo párrafo 1 del artículo 1123 del Código Civil define el pacto de preferencia como un contrato por el que una parte se compromete a proponer prioritariamente a su beneficiario que trate con él en caso de que decida contratar. El notario que tenga conocimiento de un pacto de preferencia deberá, antes de la autenticación de un acto de venta, velar por el respeto de los dere-

chos del beneficiario del pacto y, en su caso, negarse a autenticar la venta que se haya realizado en violación de dicho pacto, so pena de incurrir en responsabilidad. El problema de retractarse de tal pacto tiene unas consecuencias importantes. (R.A.R.)

LUMINOSO, A.: «Vendita con effetti obbligatori e promessa di vendita», *RDC*, 2022, núm.2, pp. 210-263.

Estudio del sistema de transmisión de la propiedad italiano: la naturaleza y efectos obligatorios del contrato de compraventa frente al efecto real transmisor y la figura de la promesa de venta. Regulación del contrato de compraventa, efectos, garantías por vicios, etc. (M.R.D.R.)

MAUGER-VIELPEAU, L.: «Une nouvelle réforme du marché de l'art», *RDS*, 2022, núm. 17, pp. 849-851.

Además de algunas aportaciones puntuales, la nueva ley de 28 de febrero de 2022 da satisfacción a los profesionales de las ventas voluntarias de muebles en las subastas públicas, ampliando el ámbito de éstas a los muebles inmateriales y reformando la autoridad reguladora de este sector de actividad. Es una ley aprobada con urgencia; con un ámbito de aplicación muy amplio y que regula las ventas voluntarias de muebles en subastas públicas. (R.A.R.)

MAYAUX, L.: «L'assurance «emprunteurs» est-elle encore de l'assurance?», *SJ*, 2022, núm. 13, pp. 660-663.

El autor se plantea la seguridad del prestatario cuando la ley ha derogado la necesidad de que asegure su obligación. No es necesario legalmente un seguro pero en la práctica se exige por el prestamista. (R.A.R.)

MIGNOT, M.: «Le délai raisonnable de l'exercice de l'option de l'article 1681 du code civil», *SJ*, 2022, núm. 7-8, pp. 367-370.

Cuando se contrae una opción para la adquisición de un bien puede que no se establezca ningún plazo. El artículo 1681 señala que ese plazo ha de ser razonable. ¿Qué se entiende por tal? (R.A.R.)

MOLIÈRE, A.: «Proportionnalité du cautionnement: la quotepart indivise est un bien personnel de la caution», *SJ*, 2022, núm. 11, pp. 565-568.

El Tribunal de Casación, en decisión de 5 de abril de 2022, recuerda que el carácter desproporcionado de la fianza concedida por una persona física a un acreedor profesional debe apreciarse en relación con sus ingresos y bienes personales. Por primera vez, el tribunal de casación incluye la cuota indivisa perteneciente al fiador, recordando que es el conjunto del patrimonio del fiador el que debe tenerse en cuenta para apreciar el carácter desproporcionado de la fianza. (R.A.R.)

PARODI, G.: «L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del *private enforcement*. Su alcune questioni di rilievo costituzionale», *CI*, núm. 4, 2021, pp. 1140-1174.

El artículo plantea una serie de dudas acerca de la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto legislativo núm. 3, de 19 de enero de 2017, por el que se transpone la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las

que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Dicho precepto establece que, a los efectos de una acción por daños y perjuicios, se considerará irrefutable la infracción del Derecho de la competencia constatada por una resolución firme de la Autoridad de los mercados y de la competencia o de un tribunal de apelación. Lo cual podría ser contrario al derecho de defensa del infractor (art. 24.2 Cons. it.), así como a los principios de separación de poderes y de sujeción del juez a la ley (art. 101.2 Cons. it.).

Es interesante leer este trabajo, porque el artículo 7 del d. lgs. núm. 3 de 19 de enero de 2017 tiene, en esencia, el mismo contenido que el artículo 75.1 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia. (*E.G.P.*)

PELLIER, JD: «L'impérialisme du délai butoir de l'article 2232 du Code civil», *SJ*, 2022, núm. 5, pp. 269-273.

La acción de garantía de los vicios ocultos debe ser iniciada por el comprador dentro de los 2 años del descubrimiento del vicio (C. Civ. art. 1648). La prescripción de tal acción, según la jurisprudencia, son los 2 años previstos en el artículo 2232 del Código Civil creado por la Ley de 17 de junio de 2008, lo que plantea un problema con la retroactividad de las normas. (*R.A.R.*)

PETTA, C.: «Assicurazione sulla vita a favore di terzo e assetti successori tra interferenze disciplinari e opportunità applicative», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 837-884.

El artículo analiza la interferencia que se produce entre el seguro de vida a favor de un tercero y el Derecho de sucesiones, en especial respecto de la posible lesión de los derechos de los legitimarios, conforme establecen los artículos 536 y ss. del Código civil italiano. Pese a ello, se analiza en concreto el seguro de vida a favor de tercero y se pone de relieve el potencial que ofrece esa forma contractual para proteger los derechos del conviviente de hecho, al que la ley n. 76 de 2016 no reconoció ningún derecho sucesorio. (*A.M.M.*)

PONZANELLI, G.: «Il risarcimento del danno alla persona: tabelle giudiziali, controllo della Corte di Cassazione e principio di uguaglianza», *CI*, 2021, núm. 4, pp. 1027-1037.

En Italia, el baremo para determinar el importe de la indemnización por accidentes de tráfico no viene establecido por la ley, sino que se deja a la discrecionalidad de los jueces (*cf.* el Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor). Eso ha hecho que coexistan, en la actualidad, tres «Tablas para la valoración del daño no patrimonial», elaboradas conforme a distintos criterios por los tribunales de Milán, Roma y Venecia. El autor critica esta disparidad, que, a su juicio, atenta contra el principio general de igualdad consagrado en el artículo 3 de la Constitución italiana. (*E.G.P.*)

PONZANELLI, G.: «Responsabilità civile, pandemia e sostenibilità», *CI*, núm. 1, 2022, pp. 7-14.

La jurisprudencia italiana ha alargado tanto los confines de la responsabilidad civil, que ésta ha terminado por desempeñar una función cuasi asegura-

dora. Partiendo de esta premisa, el autor se plantea si el Estado acabará asumiendo también la reparación de los daños ocasionados por la pandemia, en los distintos contenciosos que actualmente se encuentran en marcha en el país transalpino. (*E.G.P.*)

POUMARÈDE, M.: «Des prescriptions à la forclusion des actions décennales du maître de l'ouvrage en réparation des dommages», *RDI*, núm. 3, pp. 141-148.

El plazo de 10 años previsto en el artículo 1792-4-3 del Código Civil para actuar contra un constructor es un plazo de prescripción y el reconocimiento por el deudor del derecho de aquél contra el que prescribe no interrumpe el plazo. El autor analiza la decisión de la jurisprudencia de Cass. 3a Civ. 10-6-2021 núm. 20-16.837. (*R.A.R.*)

RADÉ, Ch.: «L'autonomie du régime d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en question», *RDS*, 2022, núm. 24, pp. 1217-1222.

Los daños causados por accidentes médicos gozan de tal autonomía que la indemnización depende del acuerdo establecido entre los profesionales y la víctima. ¿Es correcto? (*R.A.R.*)

ROBINEAU, M.: «Subrogation légale de l'assureur de dommages: le paiement peut ne pas être spontané», *SJ*, 2022, núm. 7-8, pp. 370-373.

Posibilidad de que el asegurador de un siniestro pueda subrogarse legalmente en la posición del asegurado. Consecuencias del pago. (*R.A.R.*)

ROUSSEL, F.: «Légalité du décret portant mise en œuvre du dispositif d'encadrement des loyers à Paris», *RDI*, 2022, núm. 6, pp. 320-326.

El artículo 140 de la Ley no 2018-1021, de 23 de noviembre de 2018, relativa a la evolución de la vivienda, el acondicionamiento y lo digital, prevé un dispositivo experimental para regular el nivel de los alquileres, por un período de cinco años a partir de la publicación de la ley, hasta el 23 de noviembre de 2023. En las zonas de urbanización continua de más de 50.000 habitantes, donde existe un marcado desequilibrio entre la oferta y la demanda de viviendas, tal como se definen en el artículo 17 de la Ley 89-462, de 6 de julio de 1989, relativa a la mejora de las relaciones de alquiler y por la que se modifica la Ley no 86-1290, de 23 de diciembre de 1986, de los establecimientos públicos de cooperación intermunicipal competentes en materia de vivienda, la ciudad de París, los establecimientos públicos territoriales de la metrópoli del Gran París, las metrópolis de Lyon y Aix-Marsella-Provenza podrán proponer que la totalidad o parte de su territorio sea sometida al dispositivo experimental mediante una solicitud transmitida antes del 24 de noviembre de 2020. El decreto determina el perímetro donde se aplica y las condiciones que han de reunir las personas. (*R.A.R.*)

RUMI, T.: «Consensus informato e danni da vaccinazioni “consigliati”», *CI*, núm. 1, 2022, pp. 92-146.

El tema tiene interés, pero quizá el artículo sea demasiado extenso para lo que quiere contarnos. En Italia, el suministro de determinadas vacunas es obligatorio y existe una norma del año 92 que prevé el derecho a obtener una indemnización del Estado a favor de quien sufra un menoscabo de su integri-

dad físico-psíquica como consecuencia de esa vacunación obligatoria (art. 1.1 de la ley núm. 210, de 25 de febrero de 1992). En 2017, esta indemnización se hizo extensiva también a los daños provocados por vacunas meramente «recomendadas» por las autoridades o el personal sanitario (*vid.* art. 5 quater del d. lgs. núm. 73, de 7 de junio de 2017, convertido, con modificaciones, en la ley núm. 119, de 31 de julio de 2017). Esto abre las puertas a que los parientes de las personas fallecidas a consecuencia de las trombosis letales asociadas a la vacuna de AstraZeneca contra la SARS-CoV-2 reclamen esta indemnización, siempre y cuando puedan demostrar la oportuna relación de causalidad. (*E.G.P.*)

SBISÀ, G.: «La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze», *CI*, núm. 1, 2022, pp. 15-26.

El autor repasa los remedios previstos en los Principios Unidroit (arts. 6.2.1 a 6.2.3), así como en los ordenamientos alemán (§ 313 BGB) y francés (art. 1195 *Code civil*), para hacer frente a la onerosidad sobrevenida de los contratos. A continuación, expone la posición de la *Corte di Cassazione* en esta materia y analiza el procedimiento introducido por el legislador italiano en 2021 para renegociar los contratos de tracto sucesivo cuyo cumplimiento haya devenido excesivamente oneroso por efecto de la pandemia de SARS-CoV-2 (art. 10.2 del d. lgs. núm. 118 de 24 agosto de 2021, convertido, con modificaciones, en la ley núm. 147, de 21 de octubre de 2021). (*E.G.P.*)

SCOLA, S.: «Il credito derivante dal contratto preliminare di acquisto stipulato da un solo coniuge: ingresso in comunione legale e disciplina conseguente», *RDC*, 2022, núm. 1, pp. 173-198.

Estudio de los efectos de la contratación unilateral de los cónyuges en la sociedad de gananciales y naturaleza jurídica de los créditos por adquisición de bienes por uno solo de los cónyuges. (*M.R.D.R.*)

SICCHIERO: «L'equità correttiva», *CI*, núm. 4, 2021, pp. 1174-1200.

Artículo de escaso interés para el lector español sobre la función que la equidad está llamada a desempeñar en el Derecho contractual italiano. Para el autor, es ésta, la equidad, y no la buena fe, la que tendría una función integradora e incluso correctora del contenido contractual, *ex* artículo 1374 del *Codice civile* (precepto calcado al art. 1258, segundo inciso, de nuestro Código civil, con la única diferencia de que la alusión que éste hace a la «buena fe» el texto italiano la hace a la «equidad»). (*E.G.P.*)

TOTA, M.: «Le pacte de préférence dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux: des propositions à parfaire», *GP*, 2022, núm. 23, pp. 8-10.

La Ordenanza de 10 de febrero de 2016 consagró, en el derecho común de los contratos, el nuevo artículo 1123 del Código Civil relativo al pacto de preferencia, cuyas disposiciones resultaban incompletas. El anteproyecto de reforma del derecho de los contratos especiales trata de precisar su régimen con aportaciones que serían encomiables, pero a veces imprecisas. Sin embargo, adolece de un defecto lamentable: el de hacer de este contrato una especie de etapa de la venta. (*R.A.R.*)

— «Le décevant régime du retrait litigieux dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux», *GP*, 2022, núm.. 19, p. 8-10.

El deudor cedido de un crédito litigioso podrá, en determinadas condiciones, ejercer la retirada controvertida para liberarse pagando al cesionario el precio de cesión con los gastos y leales costes incrementados por los intereses a partir del día en que el cesionario haya pagado el precio de la cesión. Sin embargo, el régimen legal de la retirada controvertida presenta lagunas que la jurisprudencia ha ido colmando de manera más o menos afortunada. El anteproyecto de reforma del derecho contractual especial difundido por la Cancillería propone consagrar la jurisprudencia, pero lamentablemente guarda silencio sobre varios aspectos del régimen de indemnización del retraído. (R.A.R.)

TOUZAIN, A.: «La prescription biennale de l'article L. 114-1 du code des assurances est conforme à la Constitution», *SJ*, 2022, núm. 6, pp. 335-338.

El Consejo Constitucional francés, el 17 de diciembre de 2021, confirmó la conformidad del artículo L. 114-1 del Código de Seguros con la Constitución, debido a la especificidad del contrato de seguro con respecto a los demás contratos sometidos al código de consumo. (R.A.R.)

VANINI, S.: «La nuova disciplina dei contratti per la prestazione di servizi di comunicazione elettronica – La tutela degli utenti finali nel novellato codice delle comunicazioni elettroniche dopo l'attuazione della Direttiva 2018/1972/UE (D.lgs. 8 novembre 2021, n.207)», *NLCC*, 2022, núm, 2, pp. 336-368.

Ámbito de aplicación de las nuevas reglas contractuales de prestación de servicios de comunicación electrónica y la protección de los usuarios finales. El problema de los contratos de suministro de servicios de comunicación electrónica que no exigen contraprestación dineraria a cargo del usuario, relación con los contratos celebrados a distancia por estos métodos y posibilidad de los usuarios de extinguir el contrato en los supuestos de prórroga automática, modificación unilateral de condiciones contractuales y discrepancias con la calidad del servicio. (M.R.D.R.)

VOULAND, Ph.: «Le secret professionnel de l'avocat. Secret «confisqué», secret «dévoiié»», *SJ*, 2022, núm. 1, pp. 9-11.

Problemas jurídicos que se plantean en la práctica en torno a la consideración del secreto profesional del abogado y los límites jurídicos. (R.A.R.)

WITZ, C./KÖLER, B.: «Le Covid-19 et les ventes internationales régies par la Convention de Vienne», *RDS*, 2022, núm. 15, pp. 754-763.

Las consecuencias del Covid en la celebración y consumación de ventas internacionales sometidas a la Convención de Viena. (R.A.R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AYRES, S.: «State Water Ownership and the Future of Groundwater Management», *Yale L.J.*, 2022, vol. 131, núm. 7, pp. 2213-2325.

Tomando conciencia de la necesidad de una futura mayor reperibilidad del agua debido al cambio climático, el autor realiza un estudio jurídico centrado en el contexto norteamericano que se centra en la gestión de un recurso no ilimitado cual es el de las aguas de los acuíferos. En particular, el estudio se centra en la cuestión de si los estados pueden poseer las aguas subterráneas ubicadas dentro de sus confines. Debido al hecho de que la Corte Suprema no ha aclarado este punto, se ofrece una panorámica general y crítica. El autor está en contra de aquella postura por la cual las reclamaciones de propiedad estatal del agua no puede significar que el Estado tenga la propiedad de sus aguas y defiende que una postura en la que este último fuera el propietario contribuiría a una gestión más eficiente de dichos recursos. (A.F.)

BRUGUIERE, J.-M.: «L'irrésistible ascension de l'obligation d'exploitation dans les contrats de la propriété littéraire et artistique», *RIDA*, núm. 271, enero 2022, pp. 3-26.

El autor se centra en la obligación de explotación que cada vez más se está imponiendo en los acuerdos que tienen que ver con las obras literarias y artísticas, en el Derecho francés. Comienza haciendo un recorrido histórico sobre cómo se ha venido utilizando esta cláusula, poniendo un especial interés en su desarrollo en los ordenamientos de Derecho continental europeo y en los ordenamientos del *Common Law*. A continuación, el autor analiza el incremento en la aplicación de esta obligación y los distintos argumentos que lo han propiciado, como el espíritu de la norma o la generalización de su uso a partir de 2012, entre otros. Por otro lado, se pone en relación la obligación de explotación con el derecho de revocación de los autores, introducido en el Derecho francés por la Orden de 12 de mayo de 2021. Finalmente, el autor plantea una serie de conclusiones que tienen que ver con la justificación de dicha obligación, su naturaleza jurídica y las excepciones a su aplicación. (S.L.M.)

CÁMARA ÁGUILA, P.: «Oeuvres audiovisuelles publicitaires ou simples enregistrements audiovisuels dans le domaine de la télévision? Une étude des conséquences de l'arrêt de la CJUE du 18 novembre 2020», *RIDA*, núm. 272, abril 2022, pp. 3-40.

La autora lleva a cabo un estudio de la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2020, sobre el caso Atresmedia. Tras analizar los hechos y las conclusiones a las que llega el Tribunal, se centra en el papel de los derechos de propiedad intelectual y de la competencia desleal en el ámbito de la publicidad televisiva. La autora presta también atención a los requisitos necesarios para que una creación sea protegida por la normativa sobre propiedad intelectual, desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y su impacto en las conclusiones derivadas de la sentencia sobre el caso Atresmedia. (S.L.M.)

CHARLENT, F.: «Le droit de propriété à l'épreuve du squat», *GP*, 2022, núm. 12, pp. 12-17.

El derecho de propiedad parece ser objeto de una protección real en la medida en que el legislador francés ha previsto varios recursos accesibles a los propietarios cuyo bien está ocupado ilegalmente, en particular por ocupantes ilegales. Sin embargo, en la práctica, estos recursos presentan varias imperfecciones que contradicen el carácter absoluto de este derecho. (R.A.R.)

CONTALDO, A.: «Il diritto d'autore e l'opera anche nella sua diffusione in internet e la tutela apportata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni», *Il diritto di autore*, núm. 3-4, Luglio-Dicembre 2021, pp. 409-446.

Tras una primera parte donde se explica la sociedad de la información y el derecho de autor en línea, el trabajo se centra en la tutela de las obras en el ámbito digital. Dentro de este bloque, se analizan los principales problemas que plantea el derecho de autor en Internet y la gestión de estos derechos por lo que se refiere a las obras digitales. A continuación, se dedica un apartado al rol de la Autoridad italiana para la Garantía en la Comunicación del Derecho de Autor en Internet. El trabajo se cierra con unas breves notas sobre la Directiva 2019/790, sobre derecho de autor en el mercado único digital. (S.L.M.)

DYAL-CHAND, R.: «Sharing the Climate», *Colum.L.Rev.Rev.*, 2022, vol. 122, núm. 3, pp. 581-647.

Para la autora, una de las respuestas al cambio climático consiste en construir un sistema de cogestión deliberativa en las relaciones entre vecinos (*Deliberative co-management among neighbors*) mediante la cual estos tendrían derecho a cogestionar porciones de cada propiedad del otro. Por ello, se propone una revisión del concepto de propiedad, que contribuiría a una nueva visión de las relaciones sociales y de vecindario, a menudo construidas sobre la exclusión, la autonomía y el aislamiento. De esta manera, el desarrollo de esta nueva visión no solo contribuiría a dar nuevas y mejores soluciones frente a posibles desafíos críticos del cambio climático, sino que también sería capaz de abordar una gama de crisis que tienen que ver con las relaciones vecinales. Esto porque, sostiene la autora, el derecho de propiedad también tiene la obligación de responder a las crisis de desigualdad racial, económica y social, las cuales han contribuido a la existencia de esta era de crisis permanente. (A.F.)

FABIANI, MH: «NFT, métavers et méta propriété intellectuelle», *GP*, 2022, núm. 8, pp. 13-15.

Hoy en día existen nuevos mundos virtuales en los que se explotan, en particular, marcas y obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, no está de más preguntarse sobre la protección de los activos de propiedad intelectual en estos mundos virtuales y las adaptaciones necesarias de los profesionales del derecho de la propiedad intelectual para tener en cuenta estos territorios de explotación. (R.A.R.)

FERRY, C.: «Indivision et clause d'inaliénabilité», *RDS*, 2022, núm. 20, pp. 1002-1006.

La indivisión de la cosa común impide en muchas ocasiones salir de la comunidad. Más cuando se establece por parte del transmíete una prohibi-

ción de disponer. El problema más común es en materia sucesoria, aunque el art. 815 permite algunos supuestos para salir de la comunidad. (R.A.R.)

FREZZA, G.: «L'ammissibilità dell'azione di accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte come tutela del contenuto intrinseco del diritto di proprietà», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 138-157.

El artículo trata sobre la llamada autenticación de las obras de arte, proceso que trata de acreditar la autenticidad de una obra a través de un proceso que cuenta con la intervención de un juez. Frente al rechazo de la jurisprudencia italiana de la admisibilidad de tales demandas, se valora su adecuación y razonabilidad en el contexto de las relaciones entre el Derecho y el Arte. (A.M.M.)

GIRARD-GAYMARD, T./YBERT DE FONTENELLE, D.: «Droit de suite et Non Fungible Tokens: comment la blockchain étend le droit à rémunération de l'auteur», *RDS*, 2022, núm. 13, pp. 669-672.

Problemas de cesión de derechos de autor cuando se vende la obra de arte y se entra en el mercado de los NFT. Los problemas jurídicos que se plantean proceden de la inexistencia de regulación legal de este tipo de cesiones. (R.A.R.)

IAIA, V.: «Un nuovo personaggio in cerca (del ruolo) d'autore nella trasposizione della direttiva "digital copyright"», *Il diritto di autore*, núm. 3-4, Luglio-Dicembre 2021, pp. 447-471.

Estamos ante un estudio relativo a la transposición en Italia de la Directiva 2019/790, sobre derecho de autor y derechos conexos en el mercado único digital. Se trata de una dura crítica al decreto legislativo italiano 177/2021, que incorporó dicha norma y que vino a modificar la Ley de Derecho de Autor. El autor desarrolla sus argumentos a lo largo del trabajo. Entre otros, expone el exceso de regulación en que ha incurrido el Gobierno italiano, superando la habilitación normativa. Además, la crítica se centra en la reforma que se ha producido en el ámbito de la industria audiovisual y, en particular, respecto de la autoría de las obras audiovisuales. La norma señalada incluyó, entre los autores de este tipo de obras, al traductor, lo que puede afectar a su explotación. Se incluye una propuesta de reforma del artículo 44 de la Ley italiana de Derecho de Autor, que es el que regula esta cuestión. (S.L.M.)

KILGUS, N.: «Qualité et prérogatives de l'usufruitier: une nouvelle pierre à l'édifice?», *SJ*, 2022, núm. 7-8, pp. 380-382.

Concepto del usufructuario atendiendo a las nuevas facultades que se le otorgan en el edificio donde vive. (R.A.R.)

KOUM DISSAKE, I.: «Le financement des actifs de propriété littéraire et artistique», *RIDA*, núm. 272, abril 2022, pp. 41-81.

El trabajo se centra en la financiación de las obras protegidas por la propiedad intelectual. Lo que el autor viene a destacar aquí es la parte más económica de la explotación de contenidos. La primera parte del artículo está dedicada a los financiadores de la producción de obras y las distintas maneras de financiación (préstamos bancarios o crowdfunding), así como a la autoría sobre las obras creadas a partir de la financiación de un tercero, utili-

zándose herramientas como el encargo de obra o su elaboración a través de un contrato de trabajo. El autor presta atención también a la asignación de los derechos de autor, tanto la originaria a través de la normativa, como la derivativa mediante el correspondiente contrato de cesión. La segunda parte del artículo contiene un estudio financiero de la explotación de obras y prestaciones. Los riesgos, los métodos de evaluación financiera o el valor financiero, entre otras, son las cuestiones que se analizan. (S.L.M.)

LAN, W.: «Diritti reale e diritti d'uso sui beni immobili nel nuovo cc. cinese», *RTDPC*, 2022, núm. 2, pp. 497-512.

Reflexiones sobre el primer Código Civil Chino, que entró en vigor el 1 de enero de 2021, tomando como referencia el Código Civil Alemán, con especial referencia al sistema de transmisión de la propiedad y derechos reales, y especial alusión al Derecho de Propiedad y Derecho de Uso sobre bienes inmuebles. (M.R.D.R.)

LARI-WILLIAMS, S.: «Réduire l'écart de valeur entre les créateurs de contenu et les plateformes numériques de médias: une étude de cas de YouTube», *RIDA*, núm. 271, enero 2022, pp. 27-56.

El autor analiza el papel de los creadores de contenidos y su relación con las plataformas que acogen tales contenidos. En especial, se centra en Youtube, estudiando su modelo de negocio, su poder de mercado, su vinculación con los creadores de contenidos y la falta de equilibrio entre los poderes contractuales. A continuación, el autor viene a explicar el papel de las plataformas digitales como intermediarios en la sociedad de la información. Finalmente, se exponen las estrategias y regulación que debería acoger el legislador para optimizar la redistribución de valor entre estos dos agentes (plataformas y creadores), justo antes de acabar el trabajo con unas conclusiones y recomendaciones. (S.L.M.)

LUMINOSO, A.: «Vendita con effetti obbligatori e promessa di vendita», *RDC*, 2022, núm.2, pp. 210-263.

Estudio del sistema de transmisión de la propiedad italiano: la naturaleza y efectos obligatorios del contrato de compraventa frente al efecto real transmisivo y la figura de la promesa de venta. Regulación del contrato de compraventa, efectos, garantías por vicios, etc. (M.R.D.R.)

MARTIN, D. R.: «Réserve de propriété: le ver est dans le fruit», *RDS*, 2022, núm. 21, pp. 1051-1055.

La reserva de propiedad y los problemas jurídicos que plantea, se han prolongado a lo largo del tiempo sin que nadie lo haya evitado. (R.A.R.)

MORETTI, M.: «L'articolato mondo della mediazione e della conciliazione alternativa delle controversie civili e commerciali alla luce della legge Núm. 206/2021 e di novità legale al PNRR-Italia. Riflessioni sulle controversie in materia di diritto di autore», *Il diritto di autore*, núm. 1-2, Gennaio-Marzo 2022, pp. 31-75.

Estamos ante un estudio sobre la mediación y la conciliación como medios alternativos para solucionar las controversias en materia de derecho de autor. El autor presenta las ventajas frente a la jurisdicción, los avatares relacionados con la elección del medio y los distintos tipos de mediación.

Finaliza el artículo destacando los puntos de conexión entre la mediación y la conciliación y los derechos de autor. (S.L.M.)

MOSCATI, L.: «Sulla parodia e la causa D'Annunzio-Scarpetta», *Il diritto di autore*, núm. 1-2, Gennaio-Marzo 2022, pp. 15-30.

La autora comienza el estudio exponiendo el origen de la parodia en el Derecho continental europeo y en el Common Law. A lo largo del artículo, se analizan este límite a los derechos de autor, su importancia, su justificación, los requisitos para su aplicación y las diferencias con el plagio. Tras ello, comenta la sentencia sobre el caso D'Annunzio-Scarpetta. (S.L.M.)

NAIR, A.: «Property, priority and apportionment: The case of the Acquisition Creditor», *Cambridge L.J.*, 2022, vol. 81, núm. 1, pp. 139-164.

Se analiza críticamente aquella visión jurisprudencial por la cual el acreedor hipotecario que ha financiado la compra del título hipotecado («acquisition creditor») tiene un derecho sobre el terreno que vincula a cualquier otro cesionario del comprador y que ha tenido su fundamento en un pronunciamiento de la *Cámara de los Lores (Abbey National Building Society vs Cann*, [1991] 1 A. C. 56). La autora considera esta solución poco atractiva jurídicamente y demuestra que la Ley inglesa no obliga a esta conclusión. (A.F.)

QUIRICONI, G.: «Primi brevi spunti di riflessione sulle opere dell'ingegno create da intelligenza artificiale», *Il diritto di autore*, núm. 1-2, Gennaio-Marzo 2022, pp. 1-14.

El autor comienza con una introducción sobre las obras del ingenio y la inteligencia artificial. El artículo es un estudio sobre los problemas que se plantean en este ámbito: a) las máquinas dotadas de inteligencia artificial como los autores de obras del ingenio; b) la titularidad de los derechos patrimoniales; d) la atribución de derechos morales, que constituyen derechos personalísimos; e) la responsabilidad frente a terceros por el uso de obras del ingenio realizadas por inteligencia artificial. (S.L.M.)

RÉVET, TH: «La désubjectivation du patrimoine», *RDS*, 2022, núm. 9, pp. 469-481.

La Ley núm. 2022-172, de 14 de febrero de 2022, en favor de la actividad profesional independiente, crea un nuevo estatuto para el empresario individual con la instauración de un patrimonio profesional de asignación distinto de su patrimonio personal. (R.A.R.)

DERECHO DE FAMILIA

ALBANO, S.: «Vaccino anti Covid-19: contrasto tra genitori e volontà del figlio adolescente», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 189-196.

Con ocasión del comentario de una sentencia de un tribunal de Monza sobre la vacunación forzosa frente al Covid-19, la autora examina la cuestión de la relevancia que debe otorgarse a la voluntad del menor como criterio que puede guiar al juez en un conflicto frente a los padres relativo a derechos fundamentales. (A.M.M.)

CARAPEZZA, G.: «Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli art. 614-bis e 709-ter C. P. C. nella riforma del processo della famiglia», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 632-653.

El trabajo estudia la reforma del Código procesal civil italiano en materia de ejecución forzosa en el ámbito del Derecho de familia. Concretamente, a través de los nuevos artículos 614 bis y 709 ter, se introducen una serie de medidas de coacción indirecta para el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad que pueden ser un instrumento adecuado para garantizar la eficacia de las medidas de carácter personal relativas a los menores de edad. (A.M.M.)

CHEN, B./SILVER, N.: «Undue Influence and Will Substitutes: Vitiating Transactions that Blur the Boundaries between Life and Death», *MLR*, 2022, vol. 85, núm. 2, pp. 295-325.

Los autores analizan los modelos que pueden plantearse a la hora de repartir la masa hereditaria. Constatada la importancia de esta temática debido a un doble factor (mayor envejecimiento de la población y crecimiento económico) se compara, desde el punto de vista del Derecho inglés, el tradicional modelo testamentario con aquel no testamentario, que se nutre igualmente de eventuales acuerdos en vida y que pueden operar en vida u operan con la muerte del *de cuius*. Se abordan, por lo tanto, algunos aspectos críticos de los mecanismos que obran, en parte, como posible sustitución del testamento, intentado fijar su operatividad y sus límites para poder evitar una influencia indebida a nivel patrimonial con el fin de garantizar una tutela apropiada de los sujetos implicados. El estudio posee un interesante anexo en el que se sistematizan algunos pronunciamientos jurisprudenciales y donde se presentan sus principales aristas. (A.F.)

CORDIANO, A.: «La riforma n. 206 del 2021 sui provvedimenti minorili urgenti: alcuni approdi e altre criticità», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 811-836.

La autora analiza críticamente las últimas reformas producidas en materia de procedimientos de urgencia relativos a menores y en materia de representación procesal a través del curador especial. En concreto, se estudian las luces y las sombras derivadas de la nueva redacción de los artículos 336 y 403 del Código civil. (A.M.M.)

FULCHIRON, H.: «La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes entre autolimitation et dynamique commune», *RDS*, 2022, núm. 11, pp. 565-570.

Estudio a propósito de las Conclusiones del TJUE de 2021 sobre filiación de hijos nacidos de personas del mismo sexo. Según el Tribunal, por lo que se refiere al reconocimiento en la Unión de la filiación de un hijo de una pareja casada del mismo sexo, la abogada general Kokott preconiza encontrar un equilibrio entre la identidad nacional de los Estados miembros y el derecho a la libre circulación del niño y de sus padres. En concreto, un Estado miembro debe reconocer la filiación del menor a efectos del ejercicio de derechos conferidos a los ciudadanos de la Unión por el Derecho de la Unión. En cambio, puede invocar su identidad nacional y su concepción de la familia tradicional para negarse a reconocer ese vínculo de parentesco con el fin de establecer un certificado de nacimiento de conformidad con su Derecho nacional. (R.A.R.)

FULCHIRON, H.: «Donation et représentation: protéger les personnes au mieux de leurs intérêts», *SJ*, 2022, núm. 9, pp. 434-437.

Análisis de la decisión de la Corte de casación francesa, sección 1.^a, de 15 de diciembre de 2021 por la que un mayor protegido podrá donar un bien a su representante legal siempre que cumpla los controles señalados jurisprudencialmente. (R.A.R.)

GIARNIERI, E.: «Matrimoni non concordatari e decreto di esecutività dall'osservatorio del supremo tribunale della segnatura apostolica», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 885-897.

El trabajo desarrolla las especialidades que, en materia de efectos civiles de la nulidad matrimonial declarada, se reconocen en una serie de Estados con los que se han suscrito acuerdos concretos (concretamente, en una serie de territorios de La India, Inglaterra y Rumanía). Para ello, se comparan tales efectos con los que derivan del Derecho eclesiástico y concordatario aplicable al matrimonio con reconocimiento civil. (A.M.M.)

GIOANNI, P.: «L'incrimination d'insolvabilité frauduleuse, enfant pauvre du divorce déjudiciarisé», *GP*, 2022, núm. 21, p. 12-15.

La naturaleza jurídica del divorcio extrajudicial resultante de la Ley de 18 de noviembre de 2016 de modernización de la justicia del siglo XXI excluye la infracción de organización o agravación fraudulenta de insolvencia del deudor de alimentos. El ajuste de la penalización permitiría restablecer una protección loable del acreedor. (R.A.R.)

LOMBARDI, R.: «La negoziazione assistita nella riforma della giustizia della famiglia», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 305-330.

A la luz de la próxima reforma del proceso civil en relación con la mediación realizada por abogados en el ámbito de los procesos de familia, se examinan críticamente los puntos concretos en que pretende operarse tal reforma, así como las carencias y dificultades a las que se va a enfrentar, todo lo cual permite poner en duda la efectividad real del cambio proyectado. (A.M.M.)

MAGRI, M.: «L'Amministratore di Sostegno di Comunità (AdSC) e i nuovi paradigmi per la tutela delle persone fragili», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 898-908.

A la vista de las carencias y las deficiencias que ha presentado la figura del tutor legal para la protección de las personas necesitadas de auxilio, desde su implantación por la ley 6/2004, el autor propone su sustitución por otra figura (a la que denomina *Amministratore di Sostegno di Comunità*), que garantizaría a su juicio una protección más eficaz de los intereses de tales personas. Para ello, en el trabajo se analiza la situación actual y los perfiles que debería reunir la figura propuesta. (A.M.M.)

MONTARULI, V.: «La questione del riconoscimento dell'adozione all'estero in favore di una coppia same sex: la prevalenza dell'interesse del minore secondo la convenzione Aja 1993», *DFP*, 2022, núm. 1, pp. 331-359.

En este trabajo, se analizan diversos supuestos de adopción que resultan controvertidos en la regulación italiana. Partiendo del reconocimiento de la adopción extranjera por parte de una pareja homosexual, supuesto cuyas

implicaciones ocupan el objeto principal de estudio, se reflexiona también sobre los casos de adopción de hijastros y de hijos nacidos por gestación subrogada, poniendo en cuestión la adecuación del instituto de la adopción para regular este otro tipo de supuestos. (A.M.M.)

PARINI, G. A.: «Lo stato di abbandono e la presenza di componenti del nucleo familiare allargato nell'evolversi di un sistema teso al perseguimento del best interest of the child», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 538-562.

Con ocasión del comentario de una Sentencia de casación de febrero de 2022, se estudian las condiciones bajo las que se puede proceder a la adopción en caso de menores en estado de abandono. Sobre la base de que se trata de una situación excepcional que puede entrar en conflicto con el interés superior del menor, se establecen las pautas que debería considerar el juez en el caso concreto para lograr un adecuado equilibrio de los intereses. (A.M.M.)

POWELL R. M., ANDREWS E. E. & AYERS K. B.: «Becoming disabled parent: eliminating access barriers to health care before, during, and after pregnancy», *Tul.L.Rev.*, 2022, vol. 96, núm. 3, pp. 369-422.

Interesantísimo estudio sobre las desigualdades sustanciales que experimentan las personas con discapacidades a lo largo del proceso de convertirse en padres. Se proporcionan datos concretos –incluso obtenidos mediante entrevistas– sobre las barreras existentes para acceder a la atención médica antes, durante y después del embarazo, que ponen en evidencia la presencia no solamente de barreras arquitectónicas que impiden la utilización de determinados equipos de diagnóstico, sino también la escasez de políticas y procedimientos sobre el cuidado de padres con discapacidad, las cuales se manifiestan en barreras comunicativas y programáticas. Esto produce una serie de desigualdades con respecto a los normales estándares. Los autores profundizan las posibles implicaciones legales y políticas de esta situación, evidenciando la necesidad de que sea ratificada por parte de los Estados Unidos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con discapacidades, si bien es loable que el *Patient Protection and Affordable Care Act* prevé la capacitación de los proveedores de atención médica especialmente gracias a la formación y la educación. (A.F.)

RAOUL-CORMEIL, G.: «La protection du donateur dans l'habilitation familiale par représentation», *SJ*, 2022, núm. 9, pp. 437-441.

Estudio a propósito de la decisión de la Corte de casación civil, 1.^a, de 15 de diciembre de 2021, según la cual cuando una persona protegida objeto de una medida de habilitación familiar no esté en condiciones de manifestar su voluntad, el juez de lo contencioso en materia de protección no podrá autorizar a la persona habilitada para realizar en representación una donación más que después de haberse asegurado, en primer lugar, habida cuenta del conjunto de circunstancias, pasadas o presentes, que rodean a dicho acto; y, en segundo lugar, que esta liberalidad es conforme a sus intereses personales y patrimoniales, en particular que se preservan los medios que le permiten mantener su nivel de vida y hacer frente a las consecuencias de su vulnerabilidad. (R.A.R.)

SCOLA, S.: «Il credito derivante dal contratto preliminare di acquisto stipulato da un solo coniuge: ingresso in comunione legale e disciplina conseguente», *RDC*, 2022, núm. 1, pp. 173-198.

Estudio de los efectos de la contratación unilateral de los cónyuges en la sociedad de gananciales y naturaleza jurídica de los créditos por adquisición de bienes por uno solo de los cónyuges. (*M.R.D.R.*)

SPADAFORA, A.: «Gli status familiari tra autorità e libertà», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 654-707.

El autor examina la evolución que ha sufrido el estatuto de la familia en los últimos tiempos, desde un modelo de delimitación de las relaciones familiares y de la conducta de los miembros de la familia preestablecido por la norma a otro modelo que pretende garantizar la satisfacción efectiva de los intereses de los sujetos que integran el núcleo familiar, así como su libertad. Aunque se trata de una tendencia claramente perceptible, las vacilaciones en la plasmación de esta evolución en materia legislativa se trasladan igualmente a la jurisprudencia, donde se traducen ocasionalmente en supuestos de inseguridad jurídica. (*A.M.M.*)

TRISPIOTIS, I./PURSHOUSE C.: «‘Conversion Therapy’ As Degrading Treatment», *Oxford J.Legal Stud.*, 2022, vol. 42, núm. 1, pp. 104-132.

Se aborda jurídicamente la temática de la terapia de reorientación sexual prestando particular atención al Reino Unido. Se afirma un posible contraste con el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al considerar que se configura un tratamiento degradante a los sujetos involucrados, al producirse un conjunto de prácticas irrespetuosas con el valor moral igualitario de las personas LGBTIQ+, praxis que se alejan de la libertad e igualdad y que son inherentes a la idea de dignidad humana. Por esta razón, los autores abogan por la prohibición de esta terapia, dado que se basaría en la suposición de que algunas sexualidades o identidades de género son inherentemente inferiores a otras. (*A.F.*)

DERECHO DE SUCESIONES

MARCHETTI, G.: «Pluralità di chiamati all’eredità ed estensione dell’accettazione con beneficio di inventario ex art. 510 cc», *RDC*, 2022, núm.2, pp. 357-378.

Dificultades interpretativas del art. 510 c.c. sobre aceptación e inventario hecho por uno de los llamados y efectos extensivos del beneficio de inventario para el resto de los llamados a la herencia. (*M.R.D.R.*)

PETTA, C.: «Assicurazione sulla vita a favore di terzo e assetti successori tra interferenze disciplinari e opportunità applicative», *DFP*, 2022, núm. 2, pp. 837-884.

El artículo analiza la interferencia que se produce entre el seguro de vida a favor de un tercero y el Derecho de sucesiones, en especial respecto de la posible lesión de los derechos de los legitimarios, conforme establecen los artículos 536 y ss. del Código civil italiano. Pese a ello, se analiza en concreto el seguro de vida a favor de tercero y se pone de relieve el potencial que ofrece esa forma contractual para proteger los derechos del conviviente de hecho, al que la ley n. 76 de 2016 no reconoció ningún derecho sucesorio. (*A.M.M.*)

VARIA

BARBA, M.: «La force majeure procédurale», *RTDC*, 2022, núm. 2, pp. 287-308.

Estudio sobre la excepción de fuerza mayor en el ámbito procesal. Su admisibilidad y consecuencias. (R.A.R.)

BOSKOVIC, O: « Mesures d’instruction in futurum et dommage écologique survenu à l’étranger », *SJ*, 2022, núm. 17, pp. 877-880.

Problemas medioambientales en el extranjero a pesar de tomar medidas para el futuro. Problemas jurídicos de ley aplicable. (R.A.R.)

BRUNETTI-PONS, C.: «De quelques réflexions autour d’un phénomène de déjudiciarisation en droit des personnes et de la famille», *GP*, 2022, núm. 17, pp. 7-10.

En un contexto de expansión del poder judicial, se observa, a priori paradójicamente, un fenómeno de desjudicialización. En el análisis, estos dos movimientos de evolución mantienen vínculos entre sí. (R.A.R.)

CROZE, H.: «IA et big data. Application aux textes législatifs et réglementaires», *SJ*, 2022, núm. 10, pp. 490-492.

La Inteligencia artificial así como la Big Data ha supuesto un gran reto para el Derecho. El autor se plantea su aplicación y su atención en los textos legales. (R.A.R.)

JIMENEZ, F.: «The grounds of arbitral authority», *Tul.L.Rev.*, 2022, vol. 96, núm. 4, pp. 745-786.

El autor considera que una visión excesivamente contractual del arbitraje es errónea, aunque caracteriza tanto el ámbito nacional como internacional. Se defiende una visión del arbitraje más alejada y más autónoma del contrato y más estructurada sobre un mecanismo de poderes y deberes, que implica, para algunos, que los tribunales ordinarios deben conservar la jurisdicción final sobre cuestiones de derecho.

La autoridad del arbitraje procede directamente de la Ley que, además, regula su funcionamiento. En este sentido, el arbitraje si bien está vinculado con el contrato, lo está también con la Ley. Para el autor, los márgenes de maniobra de estos dos varían asimismo en función de la tipología de arbitraje que resulta necesario aplicar, si bien es la Ley la que concede la autoridad al arbitraje, aspecto que, para el autor, se le escapa a la visión de la Corte Suprema estadounidense. (A.F.)

LINGIBÉ, P.: «Le décret du 30 juin 2022, volet discipline: simple réforme ou changement de paradigme pour la profession d’avocat ?», *GP*, 2022, núm. 25, pp. 8-12.

En la prolongación deseada por el legislador tras la aprobación de la Ley para la confianza en la institución judicial, el decreto de 30 de junio de 2022 procede a una importante reforma del procedimiento disciplinario de los abogados. Motivos y consecuencias de dicha reforma. (R.A.R.)

VVAA.: «Symposium: The Role of Comparative Law in the Social Sciences», *Am.J.Comp.L.*, 2021, vol. 69, núm. 4, p. 627-797.

Publicación realizada en ocasión del simposio sobre el rol del Derecho Comparado en las Ciencias Sociales, que se celebró en la Universidad de Chicago en septiembre de 2020. Imprescindible resulta la lectura de varias contribuciones importantes, con particular referencia al rol que el Derecho Comparado posee en las Ciencias Sociales (PARISI & GINSBURG, pp. 627-635), en las Ciencias Políticas (BRASHEAR TIEDE, pp. 720-747); en la Sociología (CONTI, pp. 636-663), la Economía (GAUROP & ULEN, pp. 664-688), la Psicología y el orden social (TYLER, pp. 748-776). La misma relevancia asumen también las consideraciones realizadas sobre el rol y los desafíos que la comparación jurídica puede tener en el ámbito interdisciplinario (ENGEL, pp. 777-797) y en relación con ámbito judicial (EPSTEIN, ŠADL & WEINSHALL, pp. 689-719). (A.F.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

AMARO, R.: «Esquisse d'une nomenclature des préjudices en droit de la concurrence», *RDS*, 2022, núm. 26, pp. 1323-1330.

Daños y perjuicios producidos por las empresas en el ámbito medioambiental como consecuencia de la libertad de competencia. (R.A.R.)

LEGRAND, V.: «Les procédures de surendettement accessibles aux entrepreneurs individuels», *RDS*, 2022, núm. 25, pp. 1275-1279.

Desde la creación del nuevo estatuto del empresario individual, ahora pueden acceder al procedimiento de sobreendeudamiento siempre que sus deudas se refieran únicamente a su patrimonio personal. (R.A.R.)

LOISEAU, G.: « Les plateformes dans les turbulences de la concurrence déloyale », *SJ*, 2022, núm. 9, pp.459-464.

Plataformas digitales y los problemas que entre las empresas y personas que las utilizan se plantean. Problemas de competencia desleal en el comercio. (R.A.R.)

PELIER, JD: «Regard sur le nouveau statut de l'entrepreneur individuel», *SJ*, 2022, núm. 11, pp. 546-548.

Estudio a propósito de la nueva regulación para el empresario individual donde se protege su patrimonio personal frente al empresarial. (R.A.R.)

RÉVET, TH: «La désubjectivation du patrimoine», *RDS*, 2022, núm. 9, pp. 469-481.

La Ley núm. 2022-172, de 14 de febrero de 2022, en favor de la actividad profesional independiente, crea un nuevo estatuto para el empresario individual con la instauración de un patrimonio profesional de asignación distinto de su patrimonio personal. (R.A.R.)

VALLENS, J. L.: «L'entrepreneur individuel en difficulté et ses patrimoines», *RDS*, 2022, núm. 25, pp. 1269-1274.

Desde el 15 de marzo de 2022, cuando un empresario individual está en dificultades y ya no puede hacer frente a sus deudas, debe recurrir al tribunal distinguiendo sus bienes, derechos y obligaciones que forman parte de su patrimonio personal de los que forman parte de su patrimonio profesional. (R.A.R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

BIANCONI, F.: «I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi», *CI*, núm. 1, 2022, pp. 202-251.

En virtud de lo dispuesto en un Decreto-ley del año 2012, el Gobierno italiano puede ejercer una serie de poderes especiales (*golden powers*) en aquellas sociedades que operan en el sector de la defensa y seguridad nacionales o en otros sectores de relevancia estratégica como la energía, el transporte y las comunicaciones (*vid.* el d. l. núm. 21, de 15 de marzo de 2012, convertido, con modificaciones, en la ley núm. 56, de 11 de mayo de 2012). El trabajo examina la ampliación de estos poderes por obra de la legislación de emergencia aprobada para hacer frente a los efectos de la pandemia (*vid.* arts. 15 a 17 del d. l. núm. 23 de 8 de abril de 2020, convertido, con modificaciones, en la ley núm. 40, de 5 de junio de 2020). (E.G.P.)

BUTTURINI, P.: «Termine di durata lungo e recesso *ad nutum* da società di capitali: il dibattito proseguito», *CI*, núm. 4, 2021, pp. 1256-1287.

En Italia, el socio de una sociedad de capital no cotizada tiene derecho a separarse *ad nutum* cuando la compañía se hubiera constituido por tiempo indefinido (*vid.* el art. 2437.3 del *Codice civile* para las anónimas y el art. 2473.2 para las limitadas). En 2013, la *Corte di Cassazione* equiparó, a estos efectos, la previsión estatutaria de un plazo extraordinariamente largo (hasta 2100) con la fijación de una duración indefinida, pero ha cambiado de criterio en dos sentencias recientes, una de 2019 y otra de 2020. A la espera de que se pronuncie el pleno del Alto Tribunal, el autor considera que esta última es la doctrina correcta: en una sociedad con un plazo de duración muy amplio no existe, en principio, derecho de separación *ad nutum*, salvo que, de las circunstancias concretas del caso, se deduzca la intención fraudulenta de la mayoría de privar a la minoría de ese derecho. (E.G.P.)

CHAGNY, M.: «La responsabilité civile des filiales (presque) comme celle de la société-mère en cas de pratiques anticoncurrentielles», *SJ*, 2022, núm. 1, pp. 51-54.

Responsabilidad civil de las filiales de una sociedad por prácticas desleales. Es una responsabilidad similar a la de la sociedad matriz. (R.A.R.)

DONDERO, B.: «Les sociétés par les nombres», *RDS*, 2022, núm. 12, pp. 611-620.

Las sociedades y sus números, esto es beneficios y pérdidas. Consecuencias de tal relación. (R.A.R.)

FAGGIANA, P./FUMAROLA, G. M.: «Il diritto societario della pandemia: riflessioni sulla disciplina societaria del patrimonio destinato della Cassa Depositi e Prestiti ex art. 27 del c.d. Decreto Rilancio», *CI*, núm. 1, 2022, pp. 252-287.

El artículo analiza el régimen societario del denominado «*Patrimonio Rilancio*». Se trata de un «patrimonio destinado a un fin particular» (*vid. arts. 2447 bis y ss. del Codice civile*), constituido por la *Cassa Depositi e Prestiti* (ente similar a nuestro Instituto de Crédito Oficial) al amparo del artículo 27 del *Decreto Rilancio* (d. l. núm. 34, de 19 de mayo de 2020), como instrumento para canalizar los fondos aportados por el Estado italiano para financiar las medidas de apoyo y recuperación del sistema económico productivo frente a la crisis provocada por la pandemia de COVID-19. (*E.G.P.*)

LAMAZEROLLES, E.: « Pour être valablement votée à l'unanimité, une décision sociale doit être approuvée par l'ensemble des associés présentes ou représentés à l'assemblée », *SJ*, 2022, núm. 10, pp. 506-509.

Explicación sobre la cuota de validez necesaria para la aprobación de acuerdos por unanimidad en una Sociedad. Mayoría de los presentes o representados en la asamblea. (*R.A.R.*)

LAURENT, J.: « L'usufruitier de parts sociales n'est pas un associé, mail est-il bien usufruitier », *SJ*, 2022, núm. 9, pp. 452-455.

El autor diferencia entre titularidad de participaciones sociales en usufructo y en propiedad. En propiedad confieren la condición de socio, no así en usufructo. (*R.A.R.*)

MAGNIER, V.: «Le droit européen des sociétés se met au vert!», *RDS*, 2022, núm. 22, pp. 1100-1106.

El 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea publicó una propuesta de Directiva relativa al deber de vigilancia de las empresas en materia de sostenibilidad. Ésta impone entonces a estas últimas la aplicación de medios destinados a orientarse progresivamente hacia una economía y sociedades sostenibles.

Este texto constituiría, pues, un verdadero avance e innovación del Derecho europeo de sociedades. En efecto, los motivos de la propuesta enuncian «el comportamiento de las empresas en el conjunto de los sectores económicos es esencial para lograr la transición de la Unión hacia una economía verde y neutra desde el punto de vista climático, de conformidad con el Pacto Verde para Europa, y para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas. Para ello, las empresas deben poner en marcha procesos integrales destinados a atenuar los efectos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente e integrar la sostenibilidad en su sistema de gobernanza y gestión empresarial». (*R.A.R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

CHIRONI, F.: «La conclusione del contratto bancario via e-mail ai tempi del Covid: misura emergenziale o futura semplificazione?», *CI*, núm. 1, 2022, pp. 184-201.

A fin de tutelar a los clientes no profesionales, el artículo 117 del *Testo Unico Bancario* impone la forma escrita para los contratos bancarios, bajo pena de nulidad. No obstante, durante la pandemia, esta exigencia dificultó extraordinariamente el acceso a los servicios financieros por parte de esos clientes. Por esta razón, el denominado *Decreto Liquidità* (d. l. núm. 23 de 8 de abril de 2020, convertido, con modificaciones, en la l. núm. 40 de 5 de junio de 2020) permitió que, hasta el fin del estado de alarma decretado en enero de 2020 por el Gobierno italiano, este tipo de contratos pudieran concluirse válidamente mediante un correo electrónico, siempre y cuando éste fuese acompañado de un documento de identidad en vigor, hiciera referencia a un contrato identificable de manera cierta y se conservase junto con una copia del propio contrato (art. 4). La autora se pregunta si acaso estas medidas no podrían implantarse en un futuro con carácter definitivo para flexibilizar el excesivo rigor formal que, hoy por hoy, caracteriza a los contratos bancarios en Italia. (E.G.P.)

DISSAUX, N./LOIR, R.: «Le droit de la franchise, un bateau ivre», *RDS*, 2022, núm. 11, pp. 571-573.

Hace veinte años, la sentencia «Trévisan» reconocía al franquiciado la propiedad de la clientela. ¿Qué queda? Poco. Por un lado, la jurisprudencia es muy poco exigente con el franquiciador: las decisiones relativas a los conocimientos técnicos o al error sobre la rentabilidad lo revelan. Por otra parte, perjudica el derecho de propiedad del franquiciado sobre su fondo, hasta tal punto que este derecho no es absoluto, ni exclusivo, ni perpetuo. (R.A.R.)

DERECHO CONCURSAL

CONFORTO, M.: «La sorte dei contratti pendenti nel concordato preventivo: riflessioni sulla disciplina prevista dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza», *CI*, núm. 1, 2022, pp. 147-164.

El trabajo examina el régimen de los contratos pendientes de cumplimiento en el *concordato preventivo* (figura similar a nuestro «convenio»). La regla general es que la presentación de una solicitud de *concordato preventivo* no afecta a los contratos en curso, que deberán cumplirse por ambas partes (art. 97.1, primer inciso, del *Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, que entró, por fin, en vigor el pasado 15 de julio de 2022). No obstante, se prevé la posibilidad de que el deudor solicite la suspensión o incluso la resolución de uno o varios contratos pendientes cuando su continuación no sea coherente con el plan del convenio o dificulte su ejecución (art. 97.1, últ. inciso, del *Codice della Crisi*). (E.G.P.)

INZITARI, B.: «L'azione di massa per abusiva concessione di credito nella giurisprudenza della Cassazione», *CI*, núm. 4, pp. 1125-1139.

La conducta dolosa o culposa de la banca dirigida a mantener artificialmente en funcionamiento una actividad empresarial inviable, mediante la concesión abusiva de crédito, es un acto ilícito del que puede derivarse un daño tanto para la sociedad deudora como para el conjunto de sus acreedores. La ilicitud trae causa del incumplimiento de las obligaciones de comportamiento que la legislación sectorial impone a las entidades de crédito en el

ejercicio de su actividad (básicamente deberes de adecuada valoración y gestión del riesgo crediticio). Por su parte, el daño a la sociedad consiste en el detrimento patrimonial que ocasionan, de un lado, el pago de nuevos intereses y, de otro, las pérdidas generadas por las operaciones deficitarias realizadas gracias a los fondos recibidos. Lo que, a su vez, perjudica a los acreedores que ven disminuida la garantía patrimonial del deudor común, con el consecuente aumento del riesgo de impago de sus créditos. El administrador concursal puede actuar contra la banca ejercitando la acción de daños correspondiente a la sociedad, pero, en ese caso, hay que tener en cuenta que la actuación de esta última, al aceptar el crédito abusivo, contribuyó a agravar el perjuicio, por lo que el importe del resarcimiento se verá reducido proporcionalmente. Algo que no sucede con el daño producido a los acreedores, que el administrador concursal podrá reclamar por entero, ejercitando una «acción de masa», en interés del conjunto de los acreedores (sobre la actuación del administrador concursal en representación e interés de la masa, *vid.* la interesantísima monografía que acaba de publicar TOMÁS TOMAS, S., *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2022). (E.G.P.)

MANSOLDO, S.: «Adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella gestione della crisi di società per azioni», *CI*, núm. 4, 2021, pp. 1288-1323.

El Código civil italiano impone a los administradores de las sociedades de capital el deber de establecer un sistema organizativo, administrativo y contable adecuado a la naturaleza y a las dimensiones de la empresa, que permita detectar oportunamente una situación de crisis, y les obliga asimismo a adoptar y aplicar sin demora cualquiera de las medidas previstas por la ley para superar dicha situación (arts. 2086, 2381.3 y 5 y 2475.6). La autora analiza la repercusión sobre estas obligaciones del nuevo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* y de las medidas extraordinarias aprobadas para hacer frente a la pandemia por COVID-19. (E.G.P.)

PODEUR, G.: «Comment aménager la caducité des accords de conciliation résultant de l'ouverture d'une procédure collective?», *RDS*, 2022, núm. 16, pp. 802-807.

De la apertura de un procedimiento colectivo se deriva, en principio, la caducidad de los acuerdos de conciliación celebrados anteriormente por la empresa de que se trate. Sin embargo, el nuevo artículo L. 611-10-4 del Código de Comercio (resultante de la reforma del 15 de septiembre de 2021) ofrece perspectivas sobre la posibilidad de arreglar esta caducidad y sus consecuencias. En este artículo se analiza el alcance de las disposiciones legales aplicables a la luz de la jurisprudencia en vigor (sentencias de 25 de septiembre de 2019 y de 21 de octubre de 2020) y las posibles soluciones. (R.A.R.)

RIZZO, F.: «Sovraindebitamento e *par condicio* nel nuovo Codice della Crisi delle Imprese e dell'Insolvenza», *CI*, núm. 4, 2021, pp. 1201-1229.

A pesar de su solera, lo cierto es que la regla de la *par condicio creditorum* nunca ha operado de manera absoluta en los procedimientos concursales. La nueva regulación de las situaciones de crisis e insolvenza de los consumidores, contenida en el *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* pone de manifiesto que no estamos más que ante uno de los distintos criterios con los que el legislador trata de solventar, del modo más eficiente y justo

posible, los problemas distributivos que plantea la concurrencia de una pluralidad de acreedores sobre un mismo patrimonio. (*E.G.P.*)

VVAA: «Le droit des entreprises en difficulté de 1985-2025. Une recherche de meilleurs équilibres», *GP*, 2022, núm. hors serie 2.

Estudios diversos sobre la protección de los acreedores en procedimientos de insolvencia del deudor. Diversas soluciones. (*R.A.R.*)

ABREVIATURAS

Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law.
CI	Contratto e Impresa.
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review.
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone.
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore.
ERPL	European Review of Private Law.
FI	Il Foro Italiano.
GC	Giustizia Civile.
GP	Gazette du Palais.
MLR	Modern Law Review.
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate.
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies.
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile.
RD	Recueil Dalloz.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDI	Revue de Droit Immobilier.
RDS	Recueil Dalloz Sirey.
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur.
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
SJ	La Semaine Juridique.
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review.
Yale L. J.	Yale Law Journal.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2021

ROSA M. MÉNDEZ TOMÁS
Magistrada. Profesora Escuela Judicial

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional dictó durante el año 2021 numerosas sentencias que, con mayor o menor alcance, inciden en el ámbito del derecho civil y del derecho procesal civil. Como viene siendo habitual, algunas de ellas analizan a fondo aspectos esenciales del derecho privado y profundizan en la estructura, desarrollo y límites de las bases en que se apoya su regulación. Otras se adentran colateralmente en cuestiones civiles con ocasión de decisiones adoptadas en procedimientos de otros órdenes jurisdiccionales o de la promulgación de normas que regulan otros distintos ámbitos del derecho. Un tercer grupo de sentencias citadas ha sido seleccionado por analizar aspectos procedimentales con incidencia en asuntos de naturaleza civil.

Es indiscutible la relevancia de estas resoluciones para los operadores jurídicos que tienen interés en conocer la incidencia de la doctrina constitucional en el proceso civil o la forma en que se interpretan las instituciones del derecho privado en el marco de nuestra Constitución. Ello justifica su selección en este trabajo. En concreto:

– A los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, nos referiremos en la reseña de la STC 93/2021. En particular, se analiza la necesidad de valorar en el marco de la libertad de expresión la intención comunicativa del autor de unos mensajes emitidos en una red social, su contexto y las circunstancias concurrentes. Todo ello a los efectos de valorar si se produce una vulneración del derecho al honor de la persona a que vienen referidos.

– El contenido y alcance del derecho de rectificación se trata en la STC 139/2021.

– El principio de tutela del interés de los menores, como cuestión de orden público y criterio inspirador de cualquier decisión judicial, se analiza con detalle en una sentencia dictada con ocasión de la ejecución de una resolución dictada en un proceso de desahucio. Al hilo de este interés, que es superior, se constata la necesidad de atemperar algunas normas procesales, como las relativas a la preclusión y el respeto a las exigencias del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (STC 113/2021).

El interés superior del menor, como principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, también preside la resolución de la STC 81/2021; esta vez en el ámbito del derecho a la educación.

– Del mismo modo, el Tribunal Constitucional nos recuerda que la protección que la Constitución dispensa a las personas con discapacidad no puede quedar condicionada por requisitos formales y procesales. Lo vemos en la mencionada STC 113/2021 y en la STC 161/2021. Esta última insiste en la necesidad de que los Tribunales adopten las medidas o ajustes necesarios para que las personas con discapacidad no vean limitadas sus posibilidades de comprensión sobre el desarrollo del procedimiento judicial ni acerca de sus derechos.

– El desarrollo del derecho de igualdad y el principio de no discriminación por razones étnicas o raciales tienen su reflejo en la STC 1/2021.

– La vivienda, como uno de los ejes de la política social, es nuevamente objeto de análisis en una importante resolución del Alto Tribunal (16/2021). Se analiza en este caso si las medidas introducidas en el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, y normas concordantes, guardan o no relación y coherencia con la descripción de la situación de extraordinaria y urgente necesidad definida en su propia exposición de motivos. Del mismo modo, se profundiza acerca de si determinadas obligaciones de los propietarios, impuestas por dicha norma, afectan al régimen general del derecho de propiedad y/o son de naturaleza jurídico-pública o materias típicamente urbanísticas.

– En materia de derecho de consumo, también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. En concreto, con relación a la norma que regula un cauce procesal que facilita a los consumidores la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garan-

tía hipotecaria que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo (STC 156/2021).

– Se ha resuelto también sobre si alguna ley autonómica invade la competencia general que corresponde al Estado en cuestiones relacionadas con la defensa de los consumidores y usuarios. Más concretamente, con relación a la determinación normativa de las cláusulas que deben considerarse abusivas (STC 72/2021).

– La colisión entre normas autonómicas y estatales también ha tenido protagonismo en una sentencia dedicada a analizar la competencia en materia de relaciones internacionales y protección de menores (STC 36/2021), así como en otra que atañe a la inscripción registral de la filiación por reconocimiento, cesión de créditos y dación en pago¹.

– Ya en el ámbito del derecho procesal, se reseña una sentencia que recuerda la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en este caso con relación al control judicial de las cláusulas eventualmente abusivas incorporadas en contratos de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores (STC 7/2021). En el mismo sentido, pueden verse las SSTC 8 y 17/2021, de 25 de enero, 24/2021, de 15 de febrero, 50/2021, de 3 de marzo, 77/2021, de 19 de abril, 92, 10 y 102/2021, de 10 de mayo y 150 y 154/2021, de 13 de septiembre.

– Por último y aun cuando no han sido objeto de reseña en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias durante el 2021 que mantienen una doctrina ya consolidada en materia procesal: límites a los emplazamientos por edictos (SSTC 82/2021, 87/2021, 94/2021, 97/2021, 145/2021, 181/2021 y 190/2021, entre otras muchas) y actos de comunicación, plataformas electrónicas y tramitación procesal (SSTC 62/2021, 64/2021, 100/2021, 142/2021, 179/2021 y 189/2021, entre otras muchas); aclaración de las resoluciones y cómputo del plazo para recurrir (STC 96/2021); tasación de costas (STC 95/2021); anulación del laudo arbitral (SSTC 55/2021 y 65/2021) y la cuestión relativa a la revisión judicial de los decretos dictados por los Letrados de la Administración de Justicia en los procedimientos de ejecución (SSTC 57/2021 y 136/2021).

¹ Sentencia comentada por Blanco Martínez, E. V. en «Actualización del derecho civil navarro y constitución (sentencia del Tribunal Constitucional 157/2021, de 16 de septiembre)», *ADC*, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vol. 75, núm. 1, 13 julio 2022.

STC 1/2021, 25 de enero.

RA: desestimado.

Ponente: Roca. Voto discrepante Xiol.

Conceptos: Derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación racial/étnica. Discriminación indirecta. Pensión de viudedad. Matrimonio. Uniones de hecho.

Preceptos de referencia: Art. 14 y 32 CE; art. 174.3 LGSS.

Resumen: Para causar derecho a percibir la pensión de viudedad es requisito constitutivo la inscripción de la pareja en la forma establecida en el artículo 174.3 LGSS. Esta exigencia no es contraria al derecho a la igualdad y a la no discriminación previsto en el artículo 14 CE. Tampoco constituye un supuesto de discriminación indirecta.

1) Antecedentes del caso.— La ahora recurrente en amparo interesó en su día, ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad, tras el fallecimiento de la persona con la que convivía. Ambos eran de raza étnica gitana y habían celebrado matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos.

La petición fue denegada, lo que motivó la interposición de una demanda judicial ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, que dictó sentencia desestimatoria por considerar que no había quedado acreditada la constitución formal de vínculo como pareja de hecho con el causante al menos dos años antes del fallecimiento, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) que, para causar derecho a percibir la pensión de viudedad, exige como requisito constitutivo la inscripción de la pareja.

La Sala de lo Social del TSJ Andalucía revocó la anterior sentencia tomando en consideración la buena fe de la ahora recurrente respecto a la validez y eficacia de su matrimonio contraído bajo el rito gitano y la convivencia como matrimonio al menos durante los últimos quince años, así como la existencia de cinco hijos en común.

Finalmente, en fecha de 25 de enero de 2018, el Tribunal Supremo dicta sentencia anulando la resolución recurrida, subrayando la voluntad del legislador en el artículo 174.3 LGSS de establecer una prueba tasada sobre la constitución de la pareja estable, al exigir la inscripción en el registro específico o el otorgamiento de escritura pública. Esta última resolución cuenta con un voto particular discrepante, que cuestiona si una interpretación del mencionado precepto conforme al respeto a las minorías étnicas, debiera permitir flexibilizar sus exigencias cuando se den las circunstancias que permitan afirmar que el mantenimiento de la convivencia ha sido real, efectivo y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:

— La demandante recurre en amparo por entender vulnerado su derecho a la igualdad y no discriminación, regulado en el artículo 14 CE. Alega, en síntesis, que ambos miembros del matrimonio, contraído por el rito gitano, actuaron con buena fe y con la creencia de la plena validez de su matrimonio así contraído. Subsidiariamente, defiende la existencia de una convivencia

more uxorio con el fallecido, consolidada a lo largo de los años, de forma pública. Por esta última razón, entiende, con cita de la STEDH del asunto Muñoz Díaz c. España, que se ha incurrido en una suerte de discriminación de carácter indirecto, toda vez que la neutralidad de la regla legal sobre la constitución de parejas de hecho, como presupuesto del acceso a la pensión de viudedad, puede afectar particularmente al colectivo gitano, debido a las particulares características de sus tradiciones. Por lo demás, hace referencia a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar que los gitanos se han convertido en una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable, y que, por lo tanto, necesitan de una protección especial, prestando singular atención a sus necesidades y a su estilo de vida diferente, tanto en el marco normativo pertinente, como en las decisiones de los casos concretos (SSTEDH de 27 mayo 2004, asunto Connors c. Reino Unido, y de 9 enero 2013, asunto Horváth y Kiss c. Hungría). Del mismo modo, insiste en que debe tomarse en consideración el elemento de la buena fe, como así se contempló por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 8 de diciembre de 2009.

– La letrada de la administración de la Seguridad Social, en representación del INSS, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la regulación contenida en el artículo 174.3 LGSS (SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo), e insistir en anteriores argumentos, alega que a la ahora recurrente no se le ha impedido en ningún momento cumplir con los requisitos legalmente establecidos para acceder a la prestación solicitada. Requisitos que, por otra parte, no vulneran en modo alguno los principios de igualdad, libertad de pensamiento o de expresión. Añade que la STEDH en el asunto Muñoz Díaz c. España, invocada por la recurrente en amparo, no se asemeja al caso de autos, al no apreciarse esta vez la convicción de buena fe en relación con la validez del matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres gitanos.

– El Ministerio Fiscal solicita que se desestime el recurso de amparo por entender que no se ha producido discriminación por razón de etnia o raza. Recuerda que el ordenamiento jurídico español solo considera matrimonio válido el celebrado según las normas del Código civil (arts. 49 al 52) y que la doctrina constitucional española se ha pronunciado en la STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3 y 4 (e indirectamente en la STC 194/2014, de 1 de diciembre), considerando que no existe discriminación por el hecho de no conceder validez al matrimonio gitano. Por lo demás y ya en relación con la petición subsidiaria, insiste en que la inscripción en el registro de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de la situación jurídica de pareja de hecho, al que en este caso no se dio satisfacción (cita las SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo). Finalmente, en lo relativo a la aplicación al caso de la doctrina de la STEDH del asunto Muñoz Díaz c. España, subraya que esta resolución estableció la existencia de una discriminación, pero no por haberse dado validez al matrimonio gitano, ni tampoco por no haberse reconocido la condición de unión de hecho en aquel supuesto, sino porque no se tuvo en cuenta la buena fe de la demandante.

3) Posición del Tribunal.– Con carácter previo a resolver lo procedente, el Tribunal analiza la sentencia del TEDH que, con insistencia, mencionan tanto las partes intervinientes en el recurso como las resoluciones recurridas, con el objetivo de comprobar si el caso allí valorado es igual al ahora exami-

nado. Nos estamos refiriendo a la STEDH de 8 de diciembre de 2009 (asunto Muñoz Díaz c. España). El alto Tribunal concluye que son supuestos dispares. Y así, en el asunto que fue sometido a consideración del Tribunal europeo la buena fe de la demandante, en la creencia de su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes (creencia avalada por distintas autoridades públicas con las que interactuó), es lo que constituyó el fundamento, la *ratio decidendi* del pronunciamiento.

Añade el Tribunal, en este estudio previo, que tampoco resulta aplicable a este caso, por no descansar en un supuesto equiparable, la doctrina de la STC 199/2004, de 15 de noviembre, que partió de la apariencia de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, lo que no acontece en este caso.

Dicho esto, se analiza con detalle en la sentencia tanto el invocado derecho a no ser discriminado contemplado en el artículo 14 CE, en el que descansa la petición principal de la recurrente; como, en concreto, la discriminación por motivos raciales o étnicos, en la que basa su petición subsidiaria. No menos pormenorizado es el examen de la alegada concurrencia de discriminación indirecta.

Prohibición de discriminación.— El Tribunal recuerda que se ha venido admitiendo que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8). En tales supuestos, el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7, y 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6).

Aplicando lo expuesto al caso examinado y partiendo de que es constitucionalmente posible limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial (la citada STC 184/1990 y todas las siguientes que la citan), entendiéndose como tales exclusivamente las formas matrimoniales legalmente reconocidas, entre las que no se encuentra la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos, concluye el Tribunal considerando que el hecho de que no se reconozca dicha prestación si no consta vínculo matrimonial con el causante en alguna de las formas reconocidas legalmente, no supone una discriminación directa basada en motivos sociales o étnicos.

Discriminación por motivos raciales o étnicos.— El hecho de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con las uniones de hecho debidamente formalizadas, no constituye un trato discriminatorio directo por motivos raciales o étnicos, «pues es doctrina de este tribunal que la inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de dicha situación jurídica» (SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo). En consecuencia, recuerda el Tribunal su anterior doctrina, en el sentido de que el apartado cuarto del artículo 174.3 LGSS, que recoge tales requisitos, no vulnera el artículo 14 CE. Por lo demás, «la exigencia de la constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho con la antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión exigida en el párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS no carece de una

finalidad constitucionalmente legítima, porque busca atender a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de seguridad social».

¿Discriminación indirecta?— La cuestión que se planteaba en el voto particular de la sentencia recurrida en amparo, y a la que se acoge la recurrente, giraba en torno a si puede verse afectado singularmente el colectivo gitano, debido a las características de sus tradiciones, como consecuencia de la neutralidad de la aplicación de la regla de formalización de la pareja de hecho. ¿Necesitan los gitanos una protección especial, como sostiene la demandante, en atención a que se han convertido en una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable?, ¿El fuerte arraigo de sus tradiciones y de la sólida estructuración de la comunidad gitana, intensamente ligada a la familia y al parentesco, conduce a considerar que la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura, sumada a la larga convivencia acreditada, ofrece sobradas garantías de que esa situación de pareja existe en tanto que perdura la convivencia entre sus dos componentes?, ¿Se supera de este modo el test necesario de satisfacción de la finalidad a la que se orienta la norma que obliga, con carácter general, a formalizar por alguna de las vías ya descritas la unión de hecho para acceder a la pensión de viudedad?.

El Tribunal recuerda que la discriminación indirecta puede darse tanto cuando exista «una norma» formalmente neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, como cuando se haya dado «una interpretación o aplicación de la misma» que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6, por todas). Concluye que en el caso examinado no se advierte un perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas produzcan particulares efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana respecto de otros colectivos que, por las razones que en cada caso concurren (por ejemplo ideológicas), opten por la no formalización de su vínculo.

Finaliza el Tribunal diciendo que ello es así, «sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles».

4) Decisión y voto particular.— La demanda de amparo fue desestimada al no observar el Tribunal vulneración del artículo 14 CE en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha de 25 de enero de 2018, que había sido impugnada.

Xiol Ríos discrepa de la decisión mayoritaria del Tribunal y formula voto particular. En síntesis, mantiene su desacuerdo con la argumentación y con la conclusión de que no existe una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní a los efectos de lucrar la prestación por viudedad. Del mismo modo, su discrepancia se refiere también al restringido alcance que se reconoce a la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España.

En concreto, tras constatar la aparente neutralidad de la exigencia normativa controvertida (art. 174.3 LGSS) y demostrar que genera unos efectos desfavorables estadísticamente significativos a los miembros de la minoría romaní, especialmente a las mujeres de esta comunidad, concluye el magistrado que la existencia de un trato discriminatorio indirecto quedaría acreditada en los términos ya expuestos. Con mayor razón «si esa diferencia de trato no responde a una medida de política social legítima, justificada por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por estos motivos, adecuada para alcanzar la finalidad perseguida y que no exceda de lo que es necesario a tal fin».

Por lo demás, en su opinión, no cabe excluir la concurrencia de la buena fe de la demandante de amparo como elemento relevante del juicio de proporcionalidad de la posible lesión del principio de no discriminación.

Por último, indica que la demandante celebró su unión de vida en el año 1974, es decir, cuando solo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse de acuerdo con el rito del derecho canónico de la Iglesia católica. En consecuencia, el hecho de que con posterioridad pudiera formalizar la unión como un matrimonio civil registrado o conforme a cualquiera de las celebraciones religiosas con validez estatal o incluso mediante la formalidad de la mera inscripción en un registro específico de uniones de vida, no impide, a su entender, apreciar la existencia de un trato discriminatorio por pertenencia a una minoría nacional.

STC 7/2021, 24 de febrero.

RA: Estimado.

Ponente: Xiol Ríos. Voto discrepante Enríquez Sancho.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Cláusulas préstamo hipotecario. Examen de abusividad. Nulidad de actuaciones. Incongruencia omisiva.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE. Art. 552 LEC.

Sentencias relacionadas²: STJUE de 26 de enero de 2017 y SSTC 31/2019, de 28 de febrero, 30/2020, de 24 de febrero, 48/2020, de 15 de junio, 140/2020, de 6 de octubre, 8 y 17/2021, de 25 de enero, 24/2021, de 15 de febrero, 50/2021, de 3 de marzo, 77/2021, de 19 de abril, 92, 10 y 102/2021, de 10 de mayo y 150 y 154/2021, de 13 de septiembre.

Resumen: La sentencia se dicta como consecuencia del recurso de amparo promovido contra la resolución que no admitió a trámite el incidente de nulidad en el que se denunciaba el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado y la de intereses del título de ejecución, ni se pronunció sobre la alegada falta de legitimación activa de la ejecutante.

Pretensión no extemporánea ni improcedente. Obligación de realizar el examen del carácter abusivo de las cláusulas si no ha habido un control previo.

² STC 31/2019, de 28 de febrero, reseñada en ADC, Tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp 1774-1775.

SSTC 30/2020, de 24 de febrero, 48/2020, de 15 de junio, 140/2020, de 6 de octubre, reseñadas en ADC, Tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp 1774-1775.

La exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno.

1) Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal.— En marzo de 2014, una entidad bancaria presentó demanda de ejecución hipotecaria contra los ahora recurrentes en amparo, en relación con un préstamo hipotecario. En julio de 2015, los ejecutados solicitaron la nulidad de las cláusulas de intereses moratorios y de vencimiento anticipado. La petición fue desestimada por no tratarse de la vivienda habitual de los solicitantes. Tras la correspondiente tramitación, se dictó decreto de adjudicación del bien objeto de ejecución. Los ahora recurrentes plantearon sendos incidentes de nulidad de actuaciones, en los que alegaban la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de la normativa comunitaria, con base en la Directiva 91/13/CEE, por no haberse hecho aplicación de la jurisprudencia sobre la revisión de oficio de cláusulas abusivas en cualquier fase del procedimiento. También objetaban la falta de legitimación activa de la ejecutante. Dichos incidentes fueron inadmitidos por el Juzgado por considerar que había precluido tal posibilidad (art. 228 LEC) y que no había aprovechado el sistema de recursos, el primero, o que reiteraban los argumentos del anterior, el segundo.

— Consideran los recurrentes que la revisión del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales constituye un trámite de obligado cumplimiento, con base en la Directiva 91/13/CEE. A estos efectos, aluden a la primacía del derecho de la Unión Europea y al carácter vinculante de las sentencias del Tribunal de Justicia europeo.

— El Fiscal solicita la estimación del recurso de amparo. Con base a los fundamentos 46, 47 y 48 de la STJUE de 26 de enero de 2017, concluye que el Juzgado ha desoído la doctrina allí dictada al apoyar su decisión contraria a controlar la posible abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en el carácter preclusivo de anteriores trámites y en la naturaleza inatacable del auto despachando ejecución. Por lo demás, en relación con la ausencia de respuesta sobre la eventual falta de legitimación activa de la entidad ejecutante, afirma, con cita de la STC 152/2015, de 6 de julio, que también se ha producido una vulneración del artículo 24.1 CE, en este caso por incongruencia omisiva al no haberse dado respuesta alguna a la cuestión planteada.

En definitiva, se plantea en este recurso de amparo, de un lado, si el órgano judicial actuó correctamente al entender que no cabía el control de las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses moratorios. La cuestión es si ello resulta contrario a la interpretación de la Directiva 93/13 efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnerando de ese modo el derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 CE e incumpliendo el Derecho de la Unión.

De otro, se examina la ausencia de respuesta judicial en relación con la alegada falta de legitimación activa de la entidad ejecutante.

2) Posición del Tribunal.— Son dos las cuestiones procesales a examinar por el Tribunal en el presente recurso de amparo.

Control de las cláusulas eventualmente abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria.— Con remisión a la STC 31/2019³, recuerda el Tribunal que, de acuerdo con la Directiva 93/13/CEE, conforme a la interpretación realizada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 26 de enero de 2017), las «cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, deben ser conocidas por el juez nacional, bien a instancia de parte o de oficio» (FJ 6). En el supuesto que fue examinado en la mencionada STC 31/2019, se dejaba sentado que no cabe considerar que el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas hubiera precluido solo porque la parte ejecutada no formulase oposición a la ejecución en el plazo de diez días previsto en el artículo 557, en relación con el artículo 556, ambos de la LEC (FJ 6); Por este motivo y otros que fueron analizados en dicha resolución el Tribunal europeo concluye «que el juzgado vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con su inmotivada contestación acerca de la existencia de un control de la cláusula previo a la denuncia —única excepción contemplada por el Tribunal de Justicia para excluir, de haberse dictado resolución firme, un examen posterior—, pues “mal se puede realizar un control —ni siquiera externo— de lo que carece de un razonamiento expreso”» (fundamento jurídico 8).

En el caso ahora examinado la respuesta judicial para denegar el control de la abusividad del clausulado del contrato cuya ejecución había dado lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria también descansa en el carácter extemporáneo de la solicitud. En consecuencia, el Tribunal Constitucional aplica en esta sentencia la misma doctrina que en la repetida STC 31/2019, considerando, como entonces, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE). Añade que en ambos casos «el órgano judicial efectuó una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada en el proceso porque prescindió de la interpretación del Derecho europeo efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es el único órgano competente para llevar a cabo aquella interpretación con carácter vinculante. Su decisión es también lesiva del derecho que consagra el artículo 24.1 CE por «su inmotivada contestación acerca de la existencia de un control de la cláusula previo a la denuncia» (fundamentos jurídicos 6 y 8)».

Incongruencia omisiva.— La incongruencia omisiva se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes. Hay excepciones: (i) cuando el silencio judicial se interprete razonablemente como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución; (ii) cuando no es necesaria para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión.

A tales efectos, el Tribunal lleva a cabo una distinción determinante entre las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa

³ STC 31/2019, de 28 de febrero, reseñada en ADC, Tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp 1774-1775.

de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas. Respecto de las primeras – alegaciones o argumentaciones– puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas. En consecuencia, la eventual lesión del derecho fundamental deberá abordarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial. Sin embargo, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor en las segundas –pretensiones– siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno (STC 165/2020, de 16 de noviembre, FJ 3).

Aplicando lo expuesto al caso examinado y toda vez que los recurrentes alegaron la falta de legitimación activa de la entidad ejecutante tanto en los dos incidentes de nulidad, como junto con la solicitud del control de abusividad del clausulado del contrato hipotecario, se ha producido la incongruencia omisiva denunciada por los demandantes y, por tanto, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que el órgano judicial omitió cualquier consideración sobre esta petición.

4) Voto discrepante.– El magistrado Enríquez discrepa de la fundamentación y del fallo de la sentencia. Se remite a la argumentación y razones expuestas en la STC 31/2019. En síntesis, consideraba ya entonces que otorgar a los ejecutados un derecho de exigir sin sujeción a plazo alguno el control del carácter abusivo de una cláusula que las leyes no le conceden sienta unas consecuencias perjudiciales para nuestro sistema de justicia civil ejecutiva.

STC 16/2021, 28 de enero.

RI: Estimado parcialmente.

Ponente: Enríquez.

Conceptos: Vivienda. Alquiler. Vulnerabilidad económica y social. Derecho de propiedad. Límites, Función social. Registro de viviendas vacías u ocupadas sin título habilitante.

Preceptos de referencia: Arts. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12, 4.2, 4.6, 5.4, 5.5, 5.6, 5.7, 6.2, 6.3, 6.4, 6.6, 8.1, 8.2, 8.3, 8.5, 13.2 y disposición transitoria primera del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda; artículo único del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior; Acuerdo del Parlamento de Cataluña de 4 de marzo de 2020 de validación de este último Decreto-ley 1/2020; Arts. 31.1 y 86.1 CE.

Resumen: Las medidas introducidas en el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, y normas concordantes, guardan una evidente relación y coherencia con la descripción de la situación de extraordinaria y urgente necesidad definida en su propia exposición de motivos.

La obligación de los propietarios de destinar su vivienda al uso habitacional efectivo afecta al régimen general del derecho de propiedad, lo que está vedado a los decretos-leyes de conformidad con la doctrina sentada en la STC 93/2015, FJ 13.

Las obligaciones impuestas con relación al índice de referencia de los precios de alquiler, y las sanciones derivadas de su incumplimiento, son de naturaleza jurídico-pública. Del mismo modo, la fijación de los usos del suelo, y de las edificaciones, son materias típicamente urbanísticas.

La competencia en materia de vivienda de la Generalitat de Cataluña (art. 137 EAC) y el derecho de acceso a la vivienda del artículo 47 CE legitiman al legislador catalán para establecer el registro de viviendas vacías para el ejercicio de sus funciones propias en el ámbito de sus competencias.

1) Antecedentes.— Ochenta y seis diputados del grupo parlamentario Popular del Congreso de los Diputados interponen recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda; así como contra el artículo único del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior Decreto-ley y contra el Acuerdo del Parlamento de Cataluña de 4 de marzo de 2020 de validación de este último Decreto-ley 1/2020.

Sus principales motivos de impugnación giran en torno a que dichas normas no respetan el presupuesto habilitante del artículo 86.1 CE («extraordinaria y urgente necesidad»), ni muchas de sus medidas tienen la necesaria «conexión de sentido» (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3) con el mencionado presupuesto habilitante («extraordinaria y urgente necesidad»), tal y como exige la jurisprudencia constitucional.

Además, dicha normativa regula materias vedadas a los decretos-leyes. En concreto, se alega que «afecta» al derecho de propiedad en un sentido proscrito por los artículos 86.1 CE y 64.1 EAC. Añaden que el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, regula las condiciones básicas del derecho de propiedad privada en Cataluña y restringe desproporcionadamente la facultad de los propietarios para reivindicar su dominio. Y así, se establece en dicha normativa que mantener vacía una vivienda, o incluso ocupada sin título legítimo, supone un incumplimiento de la función social de la propiedad que habilita a la administración para requerir al propietario para su ocupación efectiva e imponerle multas coercitivas para su ejecución o expropiarle su propiedad. Por otra parte, se establece la obligación de los grandes tenedores de viviendas de ofrecer un alquiler social con precio limitado a los ocupantes de una vivienda antes de emprender contra ellos acciones judiciales de desahucio, ejecución hipotecaria y otras análogas.

Se impugna igualmente la previsión relativa a la obligación de reservar viviendas de protección en suelo urbanizado y lo relativo a la existencia de un registro de viviendas vacías y de viviendas ocupadas sin título habilitante.

— El Gobierno de la Generalitat de Catalunya defiende que existe una situación de emergencia habitacional y que el examen de la conexión de sentido de las medidas aprobadas con la situación de urgencia definida debe hacerse desde una perspectiva global, y no aislando una a una las medidas adoptadas, sin que pueda discutirse que el contenido del Decreto-ley trata de afrontar la situación descrita.

En cuanto a la denunciada afectación del contenido esencial del derecho de propiedad, sostiene que los decretos-leyes impugnados se amparan en las competencias de la Generalitat en materia de vivienda (art. 137 EAC), urbanismo (art. 149 EAC) y consumo (art. 123 EAC) con la finalidad de proporcionar a los ciudadanos una vivienda digna (arts. 47 CE y 23 y 47 EAC). Además, la regulación de los decretos-leyes es plenamente respetuosa con

las competencias del Estado de los núms. 1, 8 y 13 del artículo 149.1 CE, analizando uno por uno, a continuación, el amparo competencial de los preceptos impugnados.

– El Parlament de Catalunya sostiene, en síntesis, que: (i) a los efectos de valorar la situación de necesidad extraordinaria y urgente, debe tomarse en consideración el contexto de crisis económica desde 2008 y el problema social asociado que considera una situación «objetivamente incuestionable», «pública y notoria», acreditada por instituciones públicas y privadas; (ii) El Decreto-ley no «afecta» al derecho de propiedad en el sentido de los artículos 86.1 CE y 64.1 EAC; (iii) No se ha vulnerado el artículo 149.1.1 CE; (iv) Las medidas para promover la ocupación efectiva de viviendas tampoco vulneran las competencias de los núms. 1, 8, 13 y 18 del artículo 149.1 CE; (v) La definición de vivienda vacía no afecta a la legislación procesal (art. 149.1.6 CE); (vi) *vis expansiva* al artículo 149.1.6. Como toda norma sustantiva, puede influir en la conveniencia de ejercitar acciones judiciales, pero ello no la convierte en norma procesal; (vii) La obligación relativa al índice de referencia de precios de alquiler es una medida administrativa que no regula ni afecta a la validez de los contratos de arrendamiento; por tanto, no vulnera el artículo 149.1.8 CE citado de contrario; (ix) La obligación de reserva para vivienda protegida en suelo urbanizado no vulnera el texto refundido de la Ley de suelo estatal; (x) La definición de gran tenedor no vulnera los artículos 149.1.1 y 13 CE ni contradice el Real Decreto-ley 11/2020 ya que ambas normas, la estatal y la autonómica, operan sobre ámbitos de aplicación distintos; (xi) Las medidas vinculadas a la «utilización anómala» de una vivienda por no estar efectivamente ocupada (requerimientos, sanciones, multas coercitivas y expropiación) están amparadas por el artículo 33.2 que permite delimitar el contenido esencial del derecho de acuerdo con su función social; (xii) La obligación de ofrecer un alquiler social a determinados inquilinos no vulnera los artículos 10, 24 y 38 CE, ya que los requisitos para que surja esta obligación son muy restrictivos; (xiii) La definición de gran tenedor no es arbitraria ni discriminatoria; y (xiv) el registro de viviendas vacías u ocupadas sin título no vulnera el derecho a la intimidad personal. Se recaban datos determinados y necesarios para el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de vivienda.

2) La situación de «extraordinaria y urgente necesidad» justificativa de la aprobación del Real Decreto-ley 17/2019. Alcance del control de constitucionalidad.– El artículo 86.1 CE prevé que «En caso de “extraordinaria y urgente necesidad,” el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

El Tribunal Constitucional inicia su análisis recordando su propia doctrina, a partir de la STC 29/1982, de 31 de mayo, sobre el alcance de este control del presupuesto habilitante del artículo 86.1 CE, el cual exige, en primer lugar, que el Gobierno haga una definición «explícita y razonada» de la situación concurrente, y tras ello, que exista además una «conexión de sentido» entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adopten.

Estos límites deben ser asegurados por el Tribunal Constitucional, a fin de garantizar que, en el ejercicio de esta facultad de dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes, los pode-

res públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución. De tal forma que, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, pueda rechazarse la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de «extraordinaria y urgente necesidad» y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (por todas, STC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 3, con cita de otras anteriores).

En el marco de dicho control, el Tribunal puede cuestionar la veracidad de los datos o afirmaciones efectuadas por el Gobierno para justificar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, sin por ello sustituir el juicio político o de oportunidad, correspondiendo este último al Gobierno. Es el denominado «control externo» (SSTC 61/2018, FJ 4.b y 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3, citadas por el abogado del Estado en sus alegaciones). Y así, en palabras del propio Tribunal «Con la doctrina del “control externo” se trata simplemente de deslindar el control político o de oportunidad, que este Tribunal tiene vedado, del control estrictamente jurídico que debe verificar (art. 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), teniendo siempre presente para este último el necesario «margen de apreciación» que debe reconocerse al Gobierno como órgano de dirección política cuando de decisiones de esta naturaleza se trata».

Partiendo de la anterior premisa, el Tribunal inicia la valoración de la descripción explícita y razonada de la situación de «extraordinaria y urgente necesidad» ofrecida por el Gobierno para justificar la aprobación del Real Decreto-ley 17/2019. En concreto, examina si aquella explicación o justificación, como afirman los recurrentes, es genérica y ritualaria y alude a una situación estructural, no coyuntural, que no está basada en ningún dato objetivo o estadística contrastable.

Con esta finalidad, el Tribunal analiza con detalle la exposición de motivos del Real Decreto-ley impugnado y el debate de convalidación del consejero de Territorio y Sostenibilidad. Tras ello, llega a la conclusión de que la situación descrita en la exposición de motivos del Decreto-ley cumple con la doctrina establecida por dicho tribunal. Y así, se alude, en general, al impacto de la crisis económica de 2008, iniciada poco después de la entrada en vigor de la Ley del derecho a la vivienda de 2007, y a la inadecuación de esta a la situación social derivada de la crisis, que hace necesaria su adaptación a las nuevas circunstancias. Los indicadores que justifican la rápida reacción legislativa del Gobierno están acompañados de cifras concretas, o fácilmente accesibles y verificables. Considera el Tribunal que se trata de datos concretos y precisos que no pueden considerarse «cifras descontextualizadas» ni fórmulas «genéricas» o «rituales, de una marcada abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional». Conforman, por el contrario, una definición precisa de una situación vinculada a un bien de primera necesidad como la vivienda (art. 47 CE) que puede legitimar la rápida reacción legislativa del Gobierno.

En definitiva, el Tribunal concluye que en este caso no es posible apreciar un exceso en el margen de apreciación del Gobierno o un uso arbitrario de la potestad del artículo 86.1 CE.

3) Conexión de sentido de las medidas aprobadas con la situación de necesidad extraordinaria y urgente descrita.— Los recurrentes denunciaban la inconstitucionalidad de dos preceptos del Decreto Ley examinado. De un lado, el artículo 2.1 (definición de vivienda vacía) y, de otro, el artículo 11

(integración del sistema urbanístico de viviendas dotacionales en el de equipamientos comunitarios), por la ausencia de eficacia inmediata de los mismos. Consideran que no se cumple con la exigencia constitucional relativa a que las medidas aprobadas guarden una «conexión de sentido» con esa situación (STC 29/1982, FJ 3), o dicho de otro modo, «una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).

El Tribunal constitucional desestima este motivo de impugnación y recuerda que «no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma. Solo aquella es un requisito ínsito en la definición constitucional del decreto-ley establecida en el artículo 86.1 CE [...] en tanto que la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada decreto-ley para hacer frente a la situación de urgencia» (STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6).

4) Derecho de propiedad. Límites.— Los recurrentes sostienen que el Decreto-ley «en su conjunto», y en concreto dos grupos de preceptos, regulan el «régimen general» del derecho de propiedad, incidiendo de manera «clara y directa» en su «contenido esencial» («facultades inherentes» y «función social») rebasando con ello el ámbito permitido por el artículo 86.1 CE.

En concreto, entienden que el artículo 2.1 del Decreto-ley impugnado, y concordantes, al definir lo que debe entenderse por «vivienda vacía», imposibilita el normal ejercicio de la potestad reivindicatoria que corresponde a todo propietario.

En un segundo grupo de normas, impugnan los artículos 4.2, 5.6, 5.7 y 6.6, ya que establecen nuevas condiciones y supuestos de aplicación al contrato forzoso de alquiler social que, de un lado, limitan la facultad de disposición que igualmente corresponde a todo propietario y, de otro, establecen graves consecuencias en caso de inobservancia de dicha obligación.

En definitiva, defienden que son preceptos que «rebasan» los límites materiales del decreto-ley, impuestos por los artículos 86.1 CE y 64.1 EAC y por tanto no pueden ser objeto de regulación mediante la figura del decreto-ley, de conformidad con la doctrina de la STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 13, sobre una norma análoga.

Con base, precisamente, en dicha doctrina, que expone el Tribunal, se concluye que en este caso los preceptos impugnados, de anterior referencia, exceden del marco permitido a los decretos-leyes por la mencionada STC 93/2015, con alguna excepción. Y así, entiende el Tribunal que dichos artículos «van más allá de “delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda”, “disciplinar un sector material en el que dicho derecho constitucional [el de propiedad] pueda incidir”, o de “ceñirse a precisar los usos posibles de las edificaciones según el lugar en que se ubiquen dentro de la ciudad o a disciplinar el sector de la vivienda”, como permite la doctrina de la STC 93/2015, y se enderezan más bien a establecer “el único uso posible de un determinado tipo de bienes” mediante una “regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda” que “se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función social del mismo”».

En concreto:

Viviendas vacías y sus consecuencias.— El artículo 2.1 del Decreto-ley 17/2019, en su última redacción, define el concepto de vivienda vacía como «la vivienda que permanece desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años. A este efecto, son causas justificadas el traslado por razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia, el abandono de la vivienda en una zona rural en proceso de pérdida de población y el hecho de que la propiedad de la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución. La ocupación sin título legítimo no impide que se pueda considerar vacía una vivienda».

Por su parte, el artículo 2.2 del Decreto-ley 17/2019 modifica el artículo 5.2.b) de la Ley del derecho a la vivienda, que ahora define como supuesto de «incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas» (art. 5.2) que estas: «Permanezcan desocupadas de manera permanente e injustificada por un plazo de más de dos años. Ni la ocupación de estas viviendas sin título habilitante ni la transmisión de su titularidad alteran la situación de incumplimiento de la función social de la propiedad».

En la misma línea, el artículo 2.3 del Decreto-ley 17/2019 modifica el artículo 5.2.d) de la Ley del derecho a la vivienda y define como supuesto de incumplimiento de la función social la falta de ocupación de las viviendas de protección oficial: [cuando] «No se destine a residencia habitual y permanente de personas, si es una vivienda con protección oficial o una vivienda reservada por el planeamiento urbanístico a este tipo de residencia».

Con relación a estos preceptos, el Decreto Ley regula en distintos preceptos las consecuencias de su eventual incumplimiento. Y así, concretamente, establece órdenes o deberes normativos, que se ponen bajo la inspección y vigilancia de la administración y cuyo incumplimiento habilita a esta para imponer esa conducta forzosamente mediante requerimientos y multas coercitivas, para imponer sanciones y para expropiar la vivienda.

Entiende el Tribunal a este respecto que la mayoría de los artículos impugnados constituyen intensas medidas coactivas, no voluntarias y limitativas del derecho de propiedad. De este modo, la obligación de los propietarios de destinar su vivienda al uso habitacional efectivo no es simplemente una previsión instrumental para la política de vivienda de la comunidad autónoma, como lo demuestra que ese incumplimiento, apreciado por la administración, de lugar a reacciones exorbitantes y a la imposición directa de deberes concretos a los propietarios con vocación de generalidad, estableciendo un régimen general del derecho de propiedad. Régimen que está vedado a los decretos-leyes de conformidad con nuestra doctrina (STC 93/2015, FJ 13).

Grandes tenedores y ofrecimiento de alquiler social.— Por identidad de razón, son inconstitucionales y nulos por afectar al derecho de propiedad (art. 33 CE) en forma contraria a los artículos 86.1 CE y 64.1, los artículos que imponen a los propietarios de viviendas su alquiler forzoso. Esto es, los artículos 5.6 y 5.7 del Decreto-ley 17/2019, que añaden el artículo 10 y la disposición adicional primera a la Ley 24/2015 para regular esta obligación; el artículo 6.6, que modifica el artículo 16.3 de la Ley 4/2016 sobre este mismo deber para adaptarlo a la nueva duración mínima establecida por los artículos 5.6 y 5.7 antes citados; y el artículo 4.2 que modifica el artículo 5.2.d) de la Ley del derecho a la vivienda definiendo como supuesto de

incumplimiento de la función social de la propiedad que «se incumpla la obligación de ofrecer una propuesta de alquiler social antes de interponer una demanda judicial en los términos que establece la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética».

5) Índice de referencia de precios de alquiler.— Se impugna igualmente el artículo 8 del Decreto-ley 17/2019, al modificar varios preceptos de la Ley del derecho a la vivienda para obligar a los agentes que intervienen en el mercado de alquiler y a los arrendadores a hacer constar en la publicidad, en las ofertas de alquiler y en los contratos de arrendamiento que suscriban el índice de referencia de precios de alquiler. De tal forma que la falta de constancia de este índice en la publicidad de los agentes es constitutiva de infracción leve, sancionable con multa y si la renta pactada es superior al mencionado índice, la arrendadora de una vivienda no se puede beneficiar de las ayudas públicas dirigidas al fomento del alquiler.

Los recurrentes entienden que con estas normas se vulnera la competencia exclusiva del Estado del artículo 149.1.8 CE.

De acuerdo con una doctrina constitucional consolidada, la legislación civil comprende «la regulación de las relaciones *inter privatos*» (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), y en lo que a este recurso interesa, la «determinación del contenido de los contratos» [STC 54/2018, de 24 de mayo, FJ 6 c), y las allí citadas]. Por el contrario, no forman parte de esta materia las regulaciones de tipo vertical que despliegan sus efectos entre la administración y el ciudadano y que anudan a su incumplimiento consecuencias de índole estrictamente jurídico-administrativa sin afectar a la validez y eficacia de los contratos (por todas, SSTC 14/1998, de 22 de enero, FJ 6, y 81/2020, de 15 de julio, FJ 10). Entre estas últimas regulaciones hemos incluido, entre otras, las posibles medidas de «policía administrativa» o de «disciplina del mercado» dirigidas a la protección de intereses colectivos y en particular a la «transparencia en los precios» [STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 16, y en el mismo sentido STC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4 d)].

El Tribunal concluye desestimando el motivo de impugnación, por considerar que las obligaciones impuestas por el mencionado artículo 8, y las sanciones derivadas de su incumplimiento, son de naturaleza jurídico-pública, sin que incidan en las relaciones entre particulares derivadas de los contratos de mandato para el arrendamiento de viviendas ajenas y del arrendamiento de vivienda, a los que principalmente se dirigen. Ello impide calificarlas de «legislación civil» y aplicarles, en consecuencia, el artículo 149.1.8 CE. Son, por el contrario, normas dictadas con el declarado propósito de dotar de transparencia al mercado y buscar la moderación de los precios de alquiler y por tanto encuentran acomodo en las competencias autonómicas en materia de vivienda (art. 137 EAC) y consumo (art. 123 EAC).

6) Obligación de reserva para vivienda de protección en suelo urbanizado.— También se impugna el artículo 13.2 del Decreto-ley 17/2019, en la parte que modifica el apartado 7 del artículo 57 del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto. Los recurrentes entienden que la posibilidad de obligar a los propietarios de «suelo urbano consolidado» a destinar la edificación a vivienda protegida, deducida del precepto transcrito, vulnera las competencias del Estado de los artículos 149.1.1 y 13 CE.

La fijación de los usos del suelo, y de las edificaciones, son materias típicamente urbanísticas. El Estado, dentro del ámbito de sus competencias, puede delimitar externamente esos usos para la garantía y protección de bienes constitucionales que tiene encomendados con diverso alcance. Cuando los usos establecidos por las leyes autonómicas no se ajusten a estas determinaciones, serán inconstitucionales, pero dentro de esos límites u obligaciones marcados por el Estado, la ordenación del territorio y de la ciudad corresponde a las comunidades autónomas (art. 148.1.3 CE) y a los entes locales respectivos en ejercicio de su autonomía (art. 137 CE).

Concluye el Tribunal diciendo que en los preceptos invocados por los recurrentes no hay norma alguna que prohíba destinar edificaciones al concreto uso que es vivienda protegida. Y así, ni de las normas dictadas por el Estado para promover la reforma interior de las ciudades frente al modelo tradicional de producción de nueva ciudad (art. 149.1.13 CE), ni del cuadro de derechos y obligaciones de los propietarios de cualquier clase de suelo, se deriva el derecho de un propietario o empresario a vetar el concreto uso de vivienda protegida habilitado por el legislador catalán; sin perjuicio, claro está, de la eventual indemnización que pueda proceder como consecuencia de esa imposición, si se cumplen los requisitos legalmente establecidos para ello.

7) Registro de viviendas vacías y de viviendas ocupadas sin título habilitante.— Los recurrentes entienden que el fin último de este registro es obtener coactivamente información de los pisos desocupados existentes en Cataluña a fin de posibilitar la expropiación de los mismos, lo que vulnera el derecho a la intimidad del artículo 18 CE.

El Tribunal, tras recordar que no puede excluirse totalmente la posible extensión a las personas jurídicas de la titularidad o de la protección que brinda el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE y reconocer la protección del derecho a la intimidad a personas jurídicas «por conexión con la intimidad» de personas físicas, parte de la consideración de que, efectivamente, no se puede negar de modo absoluto que el registro de viviendas vacías pueda afectar al derecho a la intimidad constitucionalmente protegido (art. 18.1 CE). Además, los datos de naturaleza económica como los requeridos por el registro podrían también quedar amparados por el artículo 18.1 CE.

No obstante, en el caso examinado y tras exponer el Tribunal distintos ejemplos habilitantes en situaciones similares, concluye que «[...] la competencia en materia de vivienda de la Generalitat de Cataluña (art. 137 EAC) y el derecho de acceso a la vivienda del artículo 47 CE legitiman al legislador catalán para establecer el registro de viviendas vacías para el ejercicio de sus funciones propias en el ámbito de sus competencias, de conformidad con el artículo 8 de la vigente Ley Orgánica de protección de datos antes citada (*mutatis mutandis*, STC 17/2013, también citada, FJ 8, sobre el padrón municipal), y recabar de este modo los datos que sean necesarios para el ejercicio de la competencia y adecuados para las legítimas finalidades previstas por ella (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7, con cita de otras)». Ello no significa, en modo alguno, que pueda aceptarse una hipotética recogida de datos generalizada e indiscriminada.

8) Decisión.— Finalmente y en lo que respecta al conjunto del recurso, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.7, 2.10, 2.11 (inciso «sin perjuicio del supuesto a que

hace referencia el artículo 42.6»), 2.12, 4.2, 4.5 (inciso «y del apartado 2 de la disposición adicional primera»), 5.5, 5.6, 5.7, 6.3 y 6.6 y la disposición transitoria primera del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda. Desestima el recurso en todo lo demás.

STC 81/2021, 19 de abril.

RA: Desestimado.

Ponente: Narváez Rodríguez. Voto discrepante: Xiol Ríos.

Conceptos: Interés superior del menor en el ámbito de la educación. Derecho de igualdad y prohibición de la discriminación. Integridad física y moral. Derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Arts. 14, 15, 24, 27 y 39.4 CE; Convención sobre los Derechos del Niño; Ley Orgánica de Educación.

Sentencias relacionadas: SSTC STC 64/2019, de 9 de mayo y 178/2020, de 14 de diciembre.

Resumen: Resolución de un centro escolar dictada teniendo en cuenta el «interés superior del menor», justificándolo mediante un razonamiento que supera el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a un derecho fundamental sustantivo (por todas, SSTC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2, y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10).

1) Antecedentes.— La demanda de amparo, por los cauces del artículo 43 LOTC, impugna la resolución de la directora de un centro escolar, que, como medida preventiva frente a las conductas agresivas de un menor, que contaba con cuatro años de edad, y que ponían en riesgo la integridad del propio alumno, de sus compañeros de clase y de los profesores que lo atienden, le impedía la asistencia al centro escolar durante el tiempo que fuera necesario para determinar el diagnóstico desde el ámbito facultativo y la indicación de su tratamiento, de tal forma que, una vez iniciado el tratamiento, se procedería a establecer el protocolo de actuación en el centro, mediante una escolarización progresiva del alumno hasta llegar a una completa integración del menor en su clase o determinar otras posibles modalidades de escolarización.

En la demanda de amparo se alega que la resolución transcrita privó al menor del derecho a la educación, con carácter indefinido, condicionando su reincorporación a que la familia presentara un diagnóstico médico sobre su estado mental. Además, denuncia que el trato dado al menor por los responsables del centro escolar infringió su derecho a la igualdad y a la no discriminación del artículo 14 CE; a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del artículo 24 CE, así como a la integridad física y moral del artículo 15 CE.

— La Generalitat Valenciana sostiene, en lo relativo al derecho de la educación del menor, que la medida impugnada era preventiva y no de expulsión y pretendía evitar un riesgo grave para la propia integridad del menor y la de sus compañeros y profesores, habiéndose adoptado después de poner en práctica muchas otras, sin éxito, dada la falta de un diagnóstico médico. Además, al menor se le ofrecieron todos los recursos pedagógicos necesarios para continuar con su educación en el ámbito familiar.

Por lo demás, niega, de un lado, que haya tenido lugar la vulneración del artículo 14 CE toda vez que no se ha aportado un término válido de comparación ni prueba alguna de que el niño haya sido discriminado por el centro escolar. De otro, considera que la suspensión de asistencia a clase no tiene carácter disciplinario, por lo que no son aplicables las garantías del artículo 24.2 CE.

– El Ministerio Fiscal interesa la estimación parcial de la demanda por considerar que se ha vulnerado el artículo 27 CE al privar *de facto* al menor del derecho a la educación. Aunque la situación exigiera una respuesta, se ha priorizado la convivencia en el centro educativo, obviando los perjuicios para el menor.

En lo relativo a la alegada vulneración de los artículos 14, 15 y 24 CE, viene a coincidir, aun que con matices, con lo argumentado por la abogada de la Generalitat valenciana.

Sobre la posible infracción de lo previsto en el artículo 24 CE precisa, no obstante, que, como la vulneración del derecho a la educación del menor por la administración no ha sido reparada por los órganos judiciales, no puede hablarse de que las resoluciones judiciales sean razonables, lógicas, no arbitrarias y en Derecho, lo que conllevaría la vulneración de este derecho fundamental.

2) Consideraciones del Tribunal sobre el interés superior del menor y sobre el derecho a la educación.– El Tribunal inicia su exposición haciendo alusión al artículo 39.4 CE: «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Afirmo a continuación que este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE).

Y así, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que «[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Dentro de esta relación de derechos del niño, la educación ocupa un lugar relevante [art. 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27.1 CE y art. 1.a) LOE, en la vigente redacción introducida por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, y art. 74.2 de idéntico cuerpo legal].

El tribunal advierte, además, que, en todas aquellas ocasiones en que haya sido denunciada la vulneración del derecho fundamental de un menor, su interés superior «inherente a algunas de las previsiones del artículo 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales» (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7).

Por último y tras mencionar la reciente STC 178/2020, de 14 de diciembre⁴, con cita de la precedente STC 64/2019, de 9 de mayo, recuerda que todos los poderes públicos deben cumplir el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 CE y atender de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público.

⁴ STC 178/2020, de 14 de diciembre, reseñada en ADC, Tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp. 1511-1516.

Por último, precisa que, a los efectos de valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (FJ 3).

3) Decisión del Tribunal.— Precisamente en atención a las circunstancias concurrentes del caso, el alto Tribunal no considera que la decisión adoptada por la dirección haya vulnerado el derecho fundamental del menor a la educación. Y así, tomando en consideración el principio del «interés superior del menor» en el caso concreto, considera que, ante los comportamientos disruptivos del menor, el centro diseñó un protocolo de intervención para abordar la situación creada y adoptó medidas específicas. Se informó puntualmente a los padres y se les requirió, sin éxito, para que aportaran un diagnóstico de psiquiatría infantil, o servicio de neuropsiquiatría.

Según el Tribunal, estos antecedentes describen un escenario en el que la dirección del centro escolar, al verse imposibilitada para poder reconducir la situación generada por la conducta reiterada del menor, se vio en la necesidad de adoptar la resolución administrativa impugnada. Debe comprobarse ahora si las razones expuestas y las decisiones adoptadas se ajustan o no al «interés superior del menor».

En este caso, el Tribunal considera que el interés superior debe garantizar dos aspectos relevantes para el desarrollo de su personalidad: (i) la integridad psíquica y física del menor y del resto de escolares y equipo pedagógico del centro escolar; y (ii) el progreso en la formación educativa del menor.

Pues bien, considera el Tribunal que las tres medidas adoptadas por el centro educativo –solicitud de documentación médica diagnóstica, suspensión de la asistencia a clase y aporte de recursos pedagógicos para continuar con la educación en el domicilio, bien se apoyan en fundamentos razonables –diagnóstico médico–, obedecen a una necesidad apremiante, son proporcionadas y se adoptan como última ratio y con carácter preventivo –suspensión asistencia al centro escolar–, en tanto no se tuviera un diagnóstico médico que permitiera adoptar la respuesta adecuada al caso. Por lo demás, la medida consistente en la posibilidad de recibir del profesorado del centro cuanta información y recursos pedagógicos fueran necesarios para continuar con la educación del mismo en el ámbito familiar, aplica y cumple con lo previsto en el artículo 3.9 LOE: «para garantizar el derecho a la educación de quienes no puedan asistir de modo regular a los centros docentes, se desarrollará una oferta adecuada de educación a distancia o, en su caso, de apoyo y atención educativa específica». Por tanto, la medida adoptada, además de estar prevista legalmente para supuestos muy concretos (oferta de «apoyo y atención educativa específica»), fue aplicada en el caso después de una justificación razonada y lógica, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

Por último y en alusión a lo informado por el Ministerio Fiscal, que consideraba que se había priorizado el interés general, prescindiendo de los perjuicios que la medida suponía para el menor, considera el Tribunal que el interés superior del menor hacía necesario proteger, precisamente y antes que nada, su integridad física, como también la del resto de sus compañeros de clase y del equipo docente del centro escolar. Además, la suspensión acordada no interrumpía el proceso educativo del niño, sino que simplemente, resultaba sustituida la educación presencial por otra con apoyo pedagógico específico en el seno de su familia.

En definitiva, concluye el Tribunal considerando que la resolución impugnada fue dictada teniendo en cuenta el «interés superior del menor», justificándolo mediante un razonamiento que supera el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a un derecho fundamental sustantivo (por todas, SSTC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2, y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10).

4) La eventual vulneración de los artículos 14, 15 y 24 CE.— La demanda de amparo alega que la actuación del centro escolar lesionó los derechos fundamentales de los artículos 14 CE, al tratar al menor como si tuviese una enfermedad mental o psiquiátrica, y artículo 15 CE, por vulneración del derecho a la integridad física y moral del menor relaciona con la contención física aplicada.

El Tribunal desestima ambos motivos de queja. En lo relativo a la alegada discriminación contraria al artículo 14 CE, entiende que ni se aporta como término de comparación el caso de ningún otro niño que, en una situación similar, fuera tratado de forma distinta, ni decisiones tales como asignarle profesores de refuerzo o aplicarle técnicas para evitar que, durante sus reacciones agresivas, se lesionara, puede calificarse de discriminatorio.

En cuanto a la alegada vulneración del derecho a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE), precisa que la contención física del menor tenía por finalidad precisamente evitar que el niño se hiciera daño a sí mismo o a su entorno. Por consiguiente, resulta aplicable la doctrina constitucional sobre el artículo 15 CE (por todas, STC 116/2010, de 24 de noviembre, FJ 2).

Por último se alude a la posible infracción del artículo 24.2 CE, al aplicarse una sanción —privar de la asistencia al centro educativo— sin audiencia y sin expediente disciplinario alguno, produciendo indefensión y vulnerando la presunción de inocencia.

El Tribunal, en línea con lo informado, en parte, por el Ministerio Fiscal y la Generalitat valenciana, considera que en el caso examinado no se trataba de una medida disciplinaria ni sancionadora, sino de una decisión *ad hoc* guiada por el interés superior del menor. Por consiguiente, no cabe examinarla desde la perspectiva del artículo 24.2 CE (entre otras, SSTC 46/2014, de 7 de abril, FJ 7; 8/2017, de 19 de enero, FJ 6, y 165/2020, de 16 de noviembre, FJ 1), en el que se incardina el derecho a la presunción de inocencia que alega la demanda.

Por último, considera que tampoco los órganos judiciales habrían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al confirmar la decisión administrativa.

5) Voto discrepante.— El magistrado Xiol Rios discrepa con la fundamentación jurídica y con el fallo de la sentencia y considera que éste debería haber sido estimatorio por vulneración de los derechos a la educación (art. 27.1 CE), en relación con la prohibición de discriminación (art. 14 CE), y la integridad física y moral (art. 15 CE).

En concreto, y sin perjuicio de discrepar, entre otros extremos, de la proyección que se ha hecho en la sentencia del juicio de proporcionalidad y de la aplicación del principio del interés superior del menor, considera el voto discrepante que «[...] ni la decisión de privar a un niño por un plazo indeterminado de su derecho a asistir al centro educativo, obligándole a su permanencia en casa condicionado a un diagnóstico y tratamiento sobre su salud mental sin

una solución efectiva sobre el seguimiento de su proceso educativo, ni, mucho menos, la de someterle a medidas de contención física, cuentan con una norma legal habilitante que las autorice ni, por tanto, se está ante supuestos en que frente a actuaciones del poder público restrictivas de derechos fundamentales del niño, este hubiera podido contar con las garantías sustantivas y procedimentales que le asistían en defensa de sus derechos fundamentales».

Esta es la reflexión y argumentación del magistrado sobre la enorme importancia institucional que revisten los derechos fundamentales en una sociedad democrática, con independencia de la edad de sus titulares, lo que, a su entender, determina que no puedan proyectarse soluciones que, en términos de la más moderna sociología, pudieran denominarse adultocéntricas. Y así, «Las autoridades educativas, los órganos judiciales y la posición mayoritaria en la que se sustenta la sentencia han podido considerar que las decisiones adoptadas en relación con el niño recurrente podrían responder a su superior interés y que eran medidas que respondían a una finalidad legítima, que eran necesarias y las menos lesivas entre todas las alternativas posibles de los derechos del niño recurrente. Sin embargo, el niño recurrente, a pesar de contar con cuatro años cuando sucedieron los hechos controvertidos, es titular de derechos fundamentales en la misma extensión y calidad que el resto de los ciudadanos. Cuenta con la plenitud de las garantías que irradia el reconocimiento de los derechos fundamentales contra cualquier actuación de los poderes públicos. Esos derechos no pueden verse intermediados, flexibilizados ni condicionados por la visión proyectada desde concepciones que subestiman la condición de plena ciudadanía de los niños en cuanto a la titularidad de los derechos fundamentales por el hecho de que, como ocurre en este caso, sea de muy corta edad. A esos efectos, es preciso recordar, que en 2005 la Observación general núm. 7 del Comité de Derechos del Niño (CRC/C/GC/7/Rev.1) se dedicó a la «realización de los derechos del niño en la primera infancia», en el deseo de impulsar el reconocimiento de que los niños pequeños –hasta los ocho años de edad– también son portadores de todos los derechos consagrados en la Convención de derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), y con el objetivo primordial de «reforzar la comprensión de los derechos humanos de todos los niños pequeños y señalar a la atención de los Estados partes sus obligaciones para con los niños en la primera infancia». En dicha Observación ya se hacía especial incidencia en dos ideas fundamentales como son que (i) «deben abandonarse creencias tradicionales que consideran la primera infancia principalmente un período de socialización de un ser humano inmaduro, en el que se le encamina hacia la condición de adulto maduro» y (ii) «la Convención exige que los niños, en particular los niños muy pequeños, sean respetados como personas por derecho propio. Los niños pequeños deben considerarse miembros activos de las familias, comunidades y sociedades, con sus propias inquietudes, intereses y puntos de vista».

Continúa exponiendo que «La primigenia y más esencial de las garantías del pleno disfrute de los derechos fundamentales en una sociedad democrática es que las limitaciones de estos derechos cuenten, como presupuesto habilitante, con una previsión legal específica que cumpla con los requisitos del necesario rango legal, de modo que no puede ser autorizada solo por la vía reglamentaria, y con la debida calidad legislativa, en el sentido de que se establezcan con la suficiente claridad los supuestos en que cabe apreciar la limitación del derecho fundamental y las garantías sustantivas y procedimen-

tales aplicables frente a las decisiones limitativas de tales derechos. En ausencia de este presupuesto habilitante ninguna limitación de derechos fundamentales queda autorizada constitucionalmente con independencia de la edad y condición de sus titulares. Tampoco cuando se trate de niños de tan corta edad como es el caso de recurrente de amparo».

STC 72/2021, 18 de marzo.

RI: Estimado.

Ponente: González-Trevijano Sánchez.

Conceptos: Competencias estatales en materia civil y procesal. Contratos. Derechos y obligaciones. Derecho de consumo. Documentación justificativa de la contratación. Cláusulas abusivas. Derecho de información. Titulización.

Preceptos de referencia: Arts. 13.d), 17.2, 28.6 y 29 de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del estatuto de las personas consumidoras de Extremadura; Arts. 149.1.6 y 8, art. 149.1.11 y art. 149.1.13 CE.

Resumen: La determinación normativa de las cláusulas que deben considerarse abusivas es una cuestión que compete exclusivamente al Estado.

El ejercicio de las competencias autonómicas en materia de defensa de los consumidores y usuarios tienen como límite, entre otros, que no se produzca un *novum* en el contenido contractual.

1) Antecedentes y posición de las partes.— El abogado del Estado, en representación del presidente del Gobierno, interpone recurso contra los artículos 13.d), 17.2, 28.6 y 29 de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, por considerar que los preceptos impugnados no responden a un adecuado ejercicio de las competencias autonómicas en materia de protección de los consumidores y usuarios, en cuanto vulneran las competencias estatales en materia de legislación civil, mercantil y procesal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.6 y 8 CE. Añade que el artículo 29 infringe también las competencias estatales del artículo 149.1.11 CE, sobre bases de ordenación del crédito y del artículo 149.1.13 CE, respecto a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

— La letrada de la Junta de Extremadura se opone, de un lado, con base a un acuerdo de la comisión bilateral de cooperación administración general del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura, de 27 de diciembre de 2019, en relación con la Ley 6/2019. En cuanto a los concretos preceptos impugnados estima que la nueva redacción acordada sobre el artículo 13 hace que no haya ya infracción competencial alguna, mientras que los restantes preceptos impugnados responden a un adecuado ejercicio de las competencias autonómicas en materia de defensa de los consumidores y usuarios, reconocidas en el artículo 9.1.18 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

2) Consideraciones previas.— Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal recuerda, al respecto de la alegación mantenida por la Junta de Extremadura, sobre una eventual pérdida de objeto del recurso, la consolidada doctrina constitucional acerca del valor de los acuerdos de las comisiones bilaterales de cooperación, los cuales en ningún caso pueden impedir el pronunciamiento de este tribunal acerca de las infracciones constitucionales que

se denuncian en el proceso (STC 83/2020, de 15 de julio, FJ 6; en sentido parecido, STC 106/2009, de 4 de mayo, FJ 3, y también SSTC 22/2015, de 16 de febrero, FJ 3, y 79/2017, de 22 de junio, FJ 10). Añade que tampoco los eventuales acuerdos de tales comisiones pueden erigirse en parámetro de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas en un recurso de inconstitucionalidad (STC 217/2016, de 15 de diciembre, FJ 6).

3) Documentación justificativa de la contratación realizada por los consumidores.— El artículo 13 de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, regula el «documento justificativo de la contratación realizada» al que tienen derecho los consumidores. En concreto, dispone que puede revestir la forma de factura, recibo, justificante o cualquier otro formato siempre que reúna, entre otras, las características previstas en su impugnado apartado d), según el cual «el documento justificativo puede estar en papel o en cualquier otro soporte, siempre que esté a disposición de la persona consumidora durante la totalidad del plazo legal de garantía».

El abogado del Estado sostiene que el artículo 13.d), al establecer como opción para el empresario, y no como obligación, que el documento justificativo de la contratación realizada esté en papel, equipara la factura en papel a la factura electrónica, lo que contradice la normativa estatal recogida en el artículo 63.3 TRLGDCU, en donde se prescribe que «en los contratos con consumidores y usuarios, estos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor».

Previo a su decisión sobre la impugnación planteada, el Tribunal recuerda que, si bien actualmente el Derecho del consumo ha ganado su propia autonomía, ello no significa que parte de las normas que integran el estatuto del consumidor no gocen de naturaleza civil (con cita de la STC 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 4). Así lo ha considerado también el legislador estatal, por cuanto define las compraventas con consumidores y dispone que se rigen por el derecho común aplicable a los contratos, a la par que afirma que tal regulación se ampara, entre otros, en el artículo 149.1.8 CE (disposición final primera 3 TRLGDCU).

Dicho lo anterior e insertada la regulación cuestionada en la materia civil, respecto de la que la comunidad extremeña no tiene competencia, a salvo de un aspecto muy concreto que no concurre en este caso, el alto Tribunal entiende que es clara la vulneración competencial en la que incurre el precepto impugnado, al regular las obligaciones del empresario y los correlativos derechos del consumidor en punto a la justificación documental de la contratación realizada.

Añade el Tribunal que la misma conclusión se alcanza si se aplica el criterio de la STC 54/2018, FJ 9 a), según la cual, la competencia en materia de defensa de los consumidores y usuarios habilitaría al legislador autonómico para incluir, a efectos meramente informativos, los datos que deban contener las facturas. Sin embargo, so pena de vulnerar las competencias estatales, el precepto autonómico habría de limitarse, en este caso, a hacer una reproducción o reiteración fiel de la norma estatal, lo que no se ha producido.

Consecuentemente el artículo 13.d) de la Ley 6/2019 es inconstitucional y nulo.

4) Cláusulas abusivas incluidas en determinados contratos.— Se tachan de inconstitucionales los artículos 17 y 28.6 de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del estatuto de las personas consumidoras de Extremadura.

— El primero de ellos, el artículo 17 de la Ley 6/2019, afirma en el párrafo primero del apartado segundo, que «se considerará, en todo caso, cláusula abusiva la renuncia al derecho de comunicación de cesión de créditos, así como a los derechos de retracto y tanteo en contratos de créditos o préstamos de cualquier índole».

Conforme a la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 54/2018, con cita de la STC 71/1982, de 30 de noviembre el alto Tribunal insiste en que la determinación normativa de las cláusulas que deben considerarse abusivas es una cuestión que compete exclusivamente al Estado, el cual debe delimitar tanto el concepto de cláusula abusiva, como definir las que cumplen tal condición (al respecto, artículos 82 y ss. TRLGDCU).

Por tanto, el primer párrafo del artículo 17.2 de la Ley 6/2019 es inconstitucional y nulo.

— El artículo 28.6, en el marco de los contratos de tracto continuado, dispone lo siguiente: «b) Si alguna de las cláusulas de un contrato de prestación de servicios de tracto continuado es declarada abusiva, la empresa debe informar de ello a las/os clientes con contratos vigentes que la incluyan y debe comunicarles que esta cláusula dejará de aplicarse en los términos establecidos por la resolución o sentencia judicial. Esta comunicación debe hacerse constar, al menos, en la factura o liquidación inmediatamente posterior a la declaración de abusividad».

El Tribunal observa que en el precepto impugnado se reflejan dos obligaciones de los contratos de prestación de servicios de tracto continuado, que conviene analizar de forma separada.

La primera de ellas se refiere a la obligación de informar de la existencia de una cláusula declarada abusiva a los clientes con contratos vigentes que la incluyan.

En este caso considera el alto Tribunal que se trata de un deber de información que se enmarca en el ámbito del derecho de los consumidores y usuarios a la protección frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos [art. 8.1.b) TRLGDCU] y en el derecho a la información, regulado en el artículo 17.1 TRLGDCU, que obliga a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, a asegurar que los consumidores y usuarios dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos. En consecuencia, entiende que no afecta a la competencia estatal para determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, ni tampoco interfiere en el ámbito material del contrato, ni modifica la posición jurídica de las partes.

En definitiva, el precepto impugnado, al imponer al empresario la obligación de poner en conocimiento de sus clientes la declaración del carácter abusivo de una cláusula, viene a concretar la genérica previsión de la norma estatal, en un ámbito en el que la comunidad autónoma ostenta competencias, que, en esta ocasión, se han ejercido sin menoscabo o perturbación de las estatales.

— En cuanto a la segunda de las obligaciones previstas en el precepto, consistente en comunicar a los clientes que una concreta cláusula incluida en su contrato, y que ha sido declarada abusiva, «dejará de aplicarse en los términos establecidos por la resolución o sentencia judicial», considera la sentencia que el precepto incurre en una doble vulneración competencial, toda

vez que corresponde al Estado delimitar tanto el concepto de cláusula abusiva como los efectos que produce en un contrato la inclusión de una cláusula de tal carácter (art. 83 TRLGDCU) y, al disponer la inaplicación de la cláusula en todos los contratos, regula los efectos de la sentencia o decisión judicial que la declaró abusiva, por cuanto hace extensivos *ex lege* sus efectos a contratos distintos de aquel que motivó el pronunciamiento judicial, con lo que infringe las competencias estatales en materia de legislación procesal del artículo 149.1.6 CE, sin que se haya justificado una peculiaridad del derecho sustantivo autonómico a la que pudiera asociarse el inciso cuestionado.

El mencionado inciso «y debe comunicarles que esta cláusula dejará de aplicarse en los términos establecidos por la resolución o sentencia judicial» del artículo 28.6 de la Ley 6/2019 es inconstitucional y nulo.

5) Titulización de créditos.– El artículo 29 de la mencionada Ley autonómica dispone que «1. Se consideran créditos titulizados aquellos préstamos hipotecarios concertados por personas consumidoras, dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, con una entidad financiera que se halle sujeta a la supervisión del Banco de España, que con posterioridad hayan sido cedidos por cualquier título a un fondo de titulización de acuerdo con lo establecido en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondo de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, así como la normativa que la desarrolla; 2. Las entidades financieras descritas en el apartado anterior que pretendan realizar una cesión a un fondo de titulización deberán informar con carácter previo, por escrito y de manera fehaciente a la persona deudora del crédito hipotecario; 3. La notificación de esta información contendrá todos los datos que permitan la identificación de manera sencilla y comprensible: a) De la cesión, transmisión o titulización del crédito. b) De los datos de la entidad cesionaria. c) De la fecha prevista para dicha constitución. d) De cuando los datos figuren en un documento en el que se haga referencia a más de un crédito, identificar el documento, página o anexo donde figuren concretamente los datos que afectan a la persona consumidora. e) Del precio de la transmisión, incluyendo las costas que le hubiera ocasionado y los intereses del precio de conformidad con lo establecido en el artículo 1535 del Código civil.»

Las normas estatales que regulan la titulación de créditos no contienen previsión alguna relativa a la obligación de las entidades financieras que pretendan ceder un préstamo hipotecario a un fondo de titulización de informar de esta circunstancia al deudor de dicho préstamo.

El Tribunal insiste en que «el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de defensa de los consumidores y usuarios, tiene como límite, entre otros, que no se produzca un *novum* en el contenido contractual; o en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas, ya que, en caso contrario, se estaría adentrando a regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por el artículo 149.1.6 y 8 CE, lo que bastaría para concluir en su inconstitucionalidad (STC 54/2018, FFJJ 6 c) y 9, que reitera la STC 13/2019, FJ 3 C).

En el caso examinado se introducen *ex novo* obligaciones en una relación contractual privada y lo que es un derecho para el consumidor se convierte en deber de la entidad financiera, cuyo incumplimiento puede ser objeto de una sanción administrativa por parte de las autoridades autonómicas.

Esta obligación impuesta a una de las partes en un supuesto concreto no se vincula con derechos que vengan reconocidos en normas aprobadas por el legislador estatal, competente para regularlos. Por tanto, el artículo 29 de la Ley 6/2019 es inconstitucional y nulo. También lo es, por conexión o consecuencia *ex* artículo 39.1 LOTC, el artículo 76.41 que tipifica como infracción grave «la no notificación en plazo por las entidades que hayan cedido un crédito a un fondo de titulización previsto en el artículo 29 de la presente ley».

STC 93/2021, de 10 de mayo.

RA: desestimado.

Ponente: Martínez-Vares García. Voto particular de Balaguer Callejón.

Conceptos: Derecho al honor. Libertad de expresión. Publicaciones en redes sociales. Tauromaquia. Libertad ideológica. Canon de enjuiciamiento específico basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Preceptos de referencia: Ars. 18.1, 20.1.a y 20.4 CE.

Resumen: No se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión de la recurrente, pues el contexto y el contenido con el que se publicó el texto eran innecesarios y desproporcionados para defender públicamente sus ideas antitaurinas.

1) Antecedentes del caso.— Tras el fallecimiento de un torero por una cornada, la concejala de un Ayuntamiento publica en facebook un texto en el que reproducía el titular de un medio de comunicación: «fallece el torero Víctor Barrio al sufrir una cogida en la feria de Teruel», junto con una fotografía del torero en el momento en que fue corneado. El texto de la publicación es el siguiente: «Podemos tratar de ver el aspecto positivo de las noticias para no sufrir tanto [...] Ya ha dejado de matar. El negativo, entre otros, claramente es que a lo largo de su carrera ha matado mucho. Muchos de los de mi equipo, que como digo siempre, es el de los oprimidos, los que siempre pierden porque tienen a todos los opresores en contra, porque tienen el partido amañado. Ahora los opresores han tenido una baja, una víctima más, un peón en su sistema, y me pregunto, como muchos, cuantas bajas más de este equipo harán falta para que los gobiernos centrales, generalitats, diputaciones y ayuntamientos dejen de subvencionar estas prácticas con olor a sadismo. No puedo sentirlo por el asesino que ha muerto más que por todos los cadáveres que ha dejado a su paso mientras vivió. No solo de toros adultos a lo largo de su carrera (según las estadísticas de su página oficial, ha acabado con 258 vidas desde 2008), sino que también novillos a lo largo de su aprendizaje en escuelas taurinas, en las cuales podemos encontrar niños que acaban normalizando situaciones como esta: «un alumno asestó hasta 14 estocadas al animal antes de que este cayera al suelo, donde fue apuntillado, y aún vivo y boqueando, tratando de tomar los últimos alientos de vida, fue arrastrado al matadero.»

Con motivo de la interposición de una demanda de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra la ahora recurrente en amparo, se dictó sentencia por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, que declaró que el contenido del mensaje publicado constituye una intromisión ilegítima del derecho al honor del torero fallecido y, entre otros pronuncia-

mientos, condenó a la demandada a abonar a los actores la cantidad de siete mil euros en concepto de daños morales.

La sentencia fue recurrida en apelación y en casación ante la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, respectivamente. En ambas instancias el recurso fue desestimado.

La demandada en dicho procedimiento recurre en amparo y atribuye a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la vulneración del derecho a la libertad de expresión –art. 20.1.a) CE–.

2) Alegaciones ante el Tribunal:

– La recurrente en amparo considera que no se ha valorado la circunstancia de que las declaraciones son realizadas en el ejercicio de su condición de activista política antitaurina y no atentan a la reputación personal o profesional de un torero en particular. Por lo demás, entiende que las declaraciones efectuadas guardan relación directa con la idea crítica que se pretende difundir.

– Los demandantes del precedente proceso declarativo consideran, por el contrario, que las reflexiones de la recurrente exceden del ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión y lesionan el derecho al honor. Insisten en que no se trata de un debate sobre cuestiones políticas o de apoyo o no a la tauromaquia, sino de una cuestión estrictamente jurídica. La ahora recurrente ha utilizado expresiones ofensivas, ultrajantes y vejatorias, tales como, asesino, sadismo u opresor, que se sitúan fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libre expresión, y suponen, en consecuencia, la vulneración a una persona de su honor y reputación.

– El Ministerio Fiscal considera que el objeto del presente recurso es dilucidar si el mensaje publicado en Facebook por la demandante está amparado por la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] o si por el contrario supuso una injerencia en el honor del torero fallecido. Tras analizar las circunstancias concretas en que se produce el mensaje, considera que el mensaje tiene un claro contenido ideológico y un solo objetivo: la crítica a la tauromaquia y la defensa de animales que genera un continuo debate público, con partidarios y detractores. Por lo demás, discrepa de la valoración que realizan las sentencias, al considerar que carece de trascendencia el valor que la demandante da a la vida de los seres humanos y animales. En definitiva, entiende que las expresiones de la demandante se han de enmarcar en el contexto de esa reivindicación ideológica y su derecho a compartir sus opiniones críticas en las redes sociales a través de la difusión de sus posicionamientos ideológicos, provocando un debate sobre la tauromaquia, pudiendo provocar la condena a la indemnización civil un «efecto paralizante» en el ejercicio de la libertad de expresión de la demandante. Concluye que la recurrente no trasgredió los límites del derecho a la libertad de expresión, por lo que procede el otorgamiento del amparo al haber sido vulnerado su derecho a la libertad de expresión.

3) Argumentación y criterios del Tribunal.– El Tribunal Constitucional, tras hacer referencia a que es la primera ocasión en la que debe pronunciarse acerca de la eventual vulneración del derecho al honor cometida por una publicación en redes sociales, lo que la dota de un evidente trascendencia constitucional, centra el objeto del presente recurso: decidir si el contenido del mensaje que la demandante de amparo publicó en su cuenta de la red social Facebook está amparado por el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], o si, ausente de dicha protección, supuso una intromisión ilegítima en el derecho al honor de don Víctor, torero de profesión.

Las redes sociales y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales debatidos.— Previo a analizar la eventual colisión entre la libertad de expresión y la intromisión ilegítima en el derecho al honor, el Tribunal inicia su argumentación dedicando un espacio de reflexión a las nuevas formas de comunicación. De este modo, destaca que «[...] internet y las nuevas tecnologías de la información y comunicación han propiciado un marco nuevo en las relaciones interpersonales. La generalización del uso de las redes sociales, la accesibilidad de los aparatos de difusión y su facilidad de empleo, la amplia e inmediata difusión de sus contenidos sin limitaciones temporales ni espaciales, el carácter accesible del mensaje por la colectividad, esto es, la naturaleza esencialmente expansiva de la comunicación digital en red y su carácter interactivo, han supuesto una transformación sin parangón del modelo tradicional de comunicación, dando lugar a un modelo comunicativo que, entre otras notas, se caracteriza por la fragilidad de los factores moderadores del contenido de las opiniones. Dicha transformación ha supuesto un drástico cambio en el perfil del emisor y también de los receptores, cuya facilidad para interactuar entre sí y con el emisor les distancia del carácter pasivo del modelo tradicional. Además estos, en muchas ocasiones, actúan con precaria conciencia de la proyección de las opiniones emitidas, que antaño quedaban reservadas a un ámbito más reducido.

De este modo, a las indudables ventajas que resultan de la comunicación a través de las redes sociales, les acompañan, dadas las características descritas y el anonimato en que se amparan muchos usuarios, una mayor potencialidad lesiva de los derechos fundamentales, entre otros, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Ahora bien, debe afirmarse que la transformación derivada de las nuevas formas de comunicación y la generalización de su uso, no produce un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales y tampoco altera, desde un punto de vista sustantivo o material, los criterios asentados por nuestra reiterada doctrina sobre la función de este tribunal para apreciar si ha existido una vulneración del derecho al honor, ni modifica el contenido y alcance de los derechos fundamentales que deben ser ponderados cuando se invoca una vulneración, que, como en este caso, resulta de la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. En efecto, si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella».

Libertad de expresión.— Con cita de la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión comprende, junto con la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. En el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, «aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público» (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 10; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4, y 181/2006, de 19 de junio, FJ 5).

Libertad de expresión, no obstante, que está sometida a límites, que serían traspasados por aquellas expresiones sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6); o por aquellas otras formal-

mente injuriosas (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 5, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3) o absolutamente vejatorias (SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4).

El derecho al honor, en tanto que derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, opera como un límite específico de la libertad de expresión (art. 20.4 CE).

Derecho fundamental al honor.— El derecho al honor, además de constituir un límite a la libertad de expresión, es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el artículo 18.1 de la Constitución, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7, y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 7). El derecho al honor es un derecho autónomo con contenido propio y específico al de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el artículo 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación con ellos en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas [SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 4; 14/2003, de 30 de enero, FJ 4, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 6.b)].

El contenido del derecho al honor «es lábil y fluido, cambiante» (STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 4). Es «un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; en similares términos, SSTC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5, y 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6).

Añade el Tribunal que la simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse, sin más, con un atentado al honor, cierto es, pero la protección del artículo 18.1 CE sí defiende de «aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales» (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3).

4) Decisión del Tribunal.— En esta sentencia el Tribunal realiza una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho fundamental al honor conforme a los criterios expuestos.

A estos efectos, sostiene el Tribunal que, para valorar si se ha producido una injerencia en el derecho al honor, atendido que su contenido es inestable y lábil, debemos fijarnos en las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC 170/1994, FJ 4, y 28/2020, FJ 4). Pues bien, en un contexto social, en el que la tauromaquia forma parte del patrimonio cultural inmaterial español, considera la sentencia que calificar directamente a don Víctor, por su dedicación profesional como «asesino» o miembro del equipo de los «opresores», debe ser considerado, sin el menor atisbo de duda, como una injerencia en su derecho al honor, al suponer un menoscabo de reputación personal, así como una denigración de su prestigio y actividad profesional, con directa afectación a su propia consideración y dignidad individual.

Añade el Tribunal que dicha injerencia se evidencia como innecesaria, desproporcionada, así como carente de anclaje alguno en el ejercicio del

derecho a la libertad de expresión de la recurrente. Tampoco la utilización de expresiones injuriosas venía exigida o reclamada por un ejercicio de «pluralismo», «tolerancia» o «espíritu de apertura», sustento de cualquier sociedad democrática y de la libertad de expresión. Y así, «Mostrar, al amparo de la defensa de posiciones antitaurinas, alivio por la muerte de un ser humano producida mientras ejercía su profesión, y calificarle de asesino a las pocas horas de producirse su deceso, junto con la fotografía del momento agónico, supone un desconocimiento inexcusable de la situación central que ocupa la persona en nuestra sociedad democrática y del necesario respeto de los derechos de los demás. La libertad de expresión no puede ser un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano, pues esta se erige como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), a la vez que en sustento y límite de su ejercicio».

En definitiva, concluye el Tribunal considerando que no se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión de la recurrente, pues el contexto y el contenido con el que se publicó el texto eran innecesarios y desproporcionados para defender públicamente sus ideas antitaurinas.

5) Voto particular.— La magistrada Balaguer Callejón emite un interesante voto particular partiendo de la idea de que el ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales exige el desarrollo de un canon de enjuiciamiento específico basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sostiene que la jurisprudencia preexistente sobre derecho al honor y libertad de expresión debe trasladarse con ciertos matices a una situación con las particularidades que presenta la difusión de un determinado mensaje en las redes sociales. Por lo demás, considera que para formular un adecuado juicio de proporcionalidad respecto de los límites al ejercicio de la libertad de expresión, hubiera sido imprescindible acudir a la que ya empieza a ser una consolidada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia.

En la STEDH de 16 de junio de 2015, asunto *Delfi AS c. Estonia*, la Gran Sala lo expresa de forma clara: «la posibilidad de que los individuos se expresen en Internet constituye una herramienta sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión. Se trata de un hecho indiscutible, como ha reconocido en varias ocasiones [asunto *Ahmet Yildirim c. Turquía*, núm. 3111/10, § 48, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2012, y asunto *Times Newspapers Ltd c. Reino Unido* (núm. 1 y 2), núm. 3002/03 y 23676/03, § 27, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2009]. Sin embargo, las ventajas de este medio van acompañadas de una serie de riesgos. Contenidos claramente ilícitos, incluido el difamatorio, odioso o violento, pueden difundirse como nunca antes en todo el mundo, en cuestión de segundos, y a veces permanecer en línea durante mucho tiempo». También se explica en la fundamentación de la STC 27/2020.

Las redes sociales hacen de los usuarios potenciales creadores de contenidos, en ocasiones con una función muy próxima a la que desarrollan los periodistas, lo que conduce a replantearse la diferenciación jurisprudencial preexistente entre el ejercicio de las libertades informativas por los particulares y por los profesionales (con cita de la STEDH de 16 de julio de 2013, asunto *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia*). Las redes sociales ostentan una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales.

Todas estas características suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros. Para evaluar el impacto que las expresiones o informaciones volcadas en redes sociales han podido tener en el derecho al honor, intimidad, propia imagen o protección de datos de un tercero deben tomarse en consideración elementos tales como la cantidad de seguidores de un determinado perfil, el que este corresponda a un personaje público o privado, la autoría de las opiniones o informaciones de quienes se manifiestan a través de las redes, los destinatarios del mensaje, tanto los potenciales como los que finalmente han resultado receptores del mismo (STEDH de 7 de febrero de 2012, de Gran Sala, asunto *e) Axel Springer AG c. Alemania*), etc.

Siguiendo con este canon de enjuiciamiento específico que sugiere, la magistrada se refiere también al contenido de los mensajes y apunta que el margen de apreciación del Estado a la hora de restringir el derecho a la libertad de expresión varía en función de una serie de factores identificados en la STEDH, de 13 de julio de 2012 (asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*).

Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con referencia al artículo 10 CEDH, exige un alto nivel de protección del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de la difusión de un mensaje político o activista y ese margen permite a los representantes del ciudadano en cualquier ámbito, en particular cuando actúan como opositores políticos, utilizar un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto de debate (en este sentido SSTEDH de 25 de febrero de 2010, asunto *Renaud c. Francia*, § 38; de 13 de julio de 2012, en resolución de la Gran Sala, asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*). Si bien, la difusión en línea de ataques personales que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas no está protegido por el artículo 10 CEDH (en este sentido STEDH de 16 de enero de 2014, asunto *Tierbefreier E. V. c. Alemania*).

Ya en el ámbito del discurso en defensa de los animales, la sentencia de 8 de noviembre de 2012, en el asunto *PETA Deutschland c. Alemania*, reconoce la naturaleza de asunto de interés público de dicho discurso.

Aplicando lo anterior al caso examinado, la magistrada considera que el potencial lesivo de las redes sociales, por su efecto inmediato y multiplicador del mensaje, en este caso ha sido escaso. Por otra parte, la posición antitaurina sostenida en el post es una constante en el activismo y participación pública e incluso política de la recurrente en amparo. El mensaje difundido en Facebook era, claramente, un mensaje de contenido político, por lo que se beneficia de un elevado nivel de protección de la libertad de expresión, lo que lleva asociado un margen de apreciación de las autoridades jurisdiccionales particularmente restringido: el espacio para restringir la libertad de expresión en el dominio del discurso político es muy pequeño, lo que permite recurrir a la exageración, a la provocación, y la falta de moderación en las formas (recuerda aquí en particular la STEDH de 16 de julio de 2009, en el asunto *Willem c. France*, § 33).

Concluye la magistrada considerando que, pese a que las expresiones utilizadas por la recurrente en amparo fueron, efectivamente provocadoras, hirientes, y pudieron causar dolor a la familia del fallecido, no se justificaba, en este caso, la limitación de la libertad de expresión de la recurrente en amparo, pudiendo calificarse como desproporcionada la sanción civil impuesta, habida cuenta de las circunstancias que han venido considerándose. «El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura que entrecomilla la

sentencia, no pueden ser entrecomillados, porque las sociedades democráticas solo son verdaderamente resistentes cuando son capaces de integrar discursos que disgustan, siempre que no llamen a la violencia, o a la vulneración de derechos de terceros, o a la persecución de colectivos en particular situación de vulnerabilidad».

STC 113/2021, de 31 de mayo.

RA: estimado.

Ponente: Xiol Ríos. Voto discrepante: Enríquez Sancho.

Conceptos: Desalojo de inmuebles. Prórroga de los lanzamientos. Interés superior del menor. Protección personas con discapacidad. Oposición a la ejecución de título judicial y causas tasadas. Motivación reforzada de las resoluciones judiciales. Prórroga de los lanzamientos.

Preceptos de referencia: Arts. 10, 24.1, 39 y 49 CE; Arts. 250.17, 444.2 y 556 LEC.

Otras sentencias relacionadas: SSTC 64/2019, de 9 de mayo y 178/2020, de 14 de diciembre.

Resumen: En las circunstancias concurrentes –hijos menores de edad y uno de ellos con discapacidad– una respuesta judicial que no deja sin efecto el desalojo ni lo paraliza temporalmente, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que se limita a constatar la inexistencia legal de una causa de oposición a la ejecución, que se fundamentaba en determinados aspectos sobrevenidos al procedimiento declarativo y se basaba en garantías constitucionales, como son las reconocidas en los artículos 39 y 49 CE y en derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales.

1) Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal:

– La ahora recurrente de amparo, madre de tres hijos menores de edad, debía desalojar la vivienda por resolución judicial firme. Iniciada la ejecución, por el Juzgado se acordó otorgar a la demandante de amparo el plazo de un mes para desalojar la vivienda si no formulaba oposición. La ahora demandante se opuso y solicitó, además, la prórroga del plazo para el desalojo hasta que por los servicios sociales se les concediera una solución habitacional y escolar, por, al menos, un plazo mínimo de seis meses. Alegaba, en apoyo de su pretensión, unas circunstancias económicas y familiares de absoluta precariedad, además de la discapacidad física que padece uno de sus hijos. Se desestimó la oposición con fundamento en que los motivos de oposición a la ejecución de un título judicial son únicamente los establecidos en el artículo 556 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). También se deniega la prórroga del plazo para el desalojo con el argumento de que «no se haya prevista en la ley, lo que determina que no pueda ser aprobada más cuando en el auto despachando ejecución ya se concedía a la ejecutada el plazo de un mes para llevar a efecto el desalojo de la vivienda».

En segunda instancia, el Tribunal de apelación confirma la resolución acciando similares argumentos.

La demandante de amparo solicita la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas por considerar que se ha vulnerado su derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los artículos 10 CE (respeto a la dignidad humana), 39 CE (protección a la familia y los menores), 49 CE (protección a las personas con discapacidad) y a la imparcialidad judicial.

– El Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo, argumentando que la prevalencia del interés del menor, que deben garantizar todos los poderes públicos, no tiene cabida en un procedimiento de ejecución, cuyo objeto de conocimiento es limitado, y en el que no es posible revisar lo acordado en el procedimiento declarativo del que trae causa, siendo tasadas las causas de oposición (art. 556 LEC). Tampoco cabe hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no haberse motivado las resoluciones reforzadamente ante la presencia de un interés superior del menor. Por lo demás, sostiene, frente a las alegaciones de la recurrente, que la decisión del juez de aplicar las normas que considera pertinentes podrá ser o no acertada, pero no afecta a su imparcialidad.

2) El deber de motivación de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE) y el mandato constitucional de protección de la familia, de los menores (art. 39 CE) y de las personas con discapacidad (art. 49 CE).– El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (art. 120.3 CE, en relación con artículo 24.1 CE). En este sentido, recuerda el Tribunal que «la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en Derecho, lo que determina que no baste una mera declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad o de un error patente (STC 24/2021, de 15 de febrero)».

Tras exponer otras consideraciones de relevancia sobre el deber de motivación y sus exigencias, recuerda que existe un deber de motivación judicial reforzado cuando se invoca la afectación a la protección de la familia y los menores de edad (art. 39 CE).

A tal efecto menciona y recuerda la doctrina reflejada en la reciente STC 178/2020, de 14 de diciembre⁵, con cita de la precedente STC 64/2019, de 9 de mayo. En aquella resolución, el Tribunal nos recordaba la proyección constitucional del interés superior del menor e insistía en la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido en el artículo 39 CE y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público. El interés superior del menor, inherente a algunas de las previsiones del artículo 39 CE, «[...] es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales» (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7). Por lo demás, los poderes públicos deben procurar este interés, que es superior, «incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales [como ocurre en materia de preclusión] o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2, y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2)». De este modo, «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés

⁵ STC 178/2020, de 14 de diciembre, reseñada en ADC, Tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp. 1511-1516.

superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4)».

Por otra parte, subraya el Tribunal en la mencionada STC 178/2020, de 14 de diciembre, la necesidad de analizar las circunstancias concurrentes en cada caso para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor. Importante misión cuya competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, salvo «manifiesta y grosera irrazonabilidad, arbitrariedad o yerro de la resolución judicial impugnada», que el Tribunal Constitucional sí deberá revisar, con una limitación: No se trata de adoptar decisiones a modo de tercera instancia, sino de verificar si la motivación ofrecida por los Tribunales ordinarios para adoptar las medidas que conciernen a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (STC 221/2002, FJ 4, y ATC 28/2001, de 1 de febrero).

Esta exigencia de motivación reforzada también debe tomarse en consideración en los supuestos en los que se invoca la protección a las personas con discapacidad prevista en el artículo 49 CE (SSTC 208/2013, de 16 de diciembre; 10/2014, de 27 de enero; 18/2017, de 2 de febrero; 3/2018, de 22 de enero, y 51/2021, de 15 de marzo).

3) Posición del Tribunal.— Dos son los pilares en los que descansa este recurso: (i) La alegación, como causa de oposición a la ejecución, de la afectación que implicaba la precaria situación familiar incluyendo el hecho de los menores de edad y la situación de incapacidad de uno de ellos y (ii) La solicitud de que se prorrogara el inicial plazo de un mes concedido en el auto despachando la ejecución para el desalojo de la vivienda hasta que por los servicios sociales se les concediera una solución habitacional y escolar, por, al menos, un plazo mínimo de seis meses hasta que concluyera el curso escolar, debido a las circunstancias económicas y familiares de absoluta precariedad que atravesaba y las de sus tres hijos menores de edad, uno de ellos recién nacido que tenía un grado de discapacidad física del 65 por 100.

Oposición a la ejecución.— El Tribunal, tras constatar que la petición de la recurrente se produjo en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales que se tramitó sin solución de continuidad temporal con un previo procedimiento declarativo sobre la legalidad de la permanencia de la recurrente y sus hijos menores en la vivienda, en que se había acordado el desalojo, entiende que en dicho procedimiento declarativo la demandante de amparo tuvo una posibilidad efectiva y sin ningún tipo de limitación para plantear las diversas invocaciones que pudiera considerar adecuadas a la defensa de sus intereses y los de su familia, por lo que no cabe considerar que la respuesta judicial que desestima la oposición a la ejecución esté incurso, en principio, en la vulneración alegada del artículo 24.1 CE.

Sin embargo, en el presente caso la demandante alegó en el procedimiento de ejecución una situación sobrevenida a la del procedimiento declarativo con una potencial influencia sobre el juicio de proporcionalidad de una decisión de desalojo derivada de la situación de precariedad económica, como era el nacimiento de un nuevo hijo con una situación de discapacidad física en un porcentaje relevante del 65 por 100. Entiende el alto Tribunal que esta circunstancia era lo suficientemente relevante como para que los órganos judiciales hubieran ponderado si, frente a la literalidad de las causas de oposición legalmente previstas, las circunstancias del caso imponían no limitarse a una respuesta formalista sobre la concurrencia de una causa obstativa, fundándo-

se en la naturaleza ejecutiva del procedimiento y la posibilidad real de haber controvertido cualquier cuestión en un declarativo previo.

Concluye el Tribunal afirmando, en línea con la jurisprudencia constitucional respecto de la función tuitiva de los órganos judiciales en materias que puedan afectar a menores (STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3), que las limitaciones legales de oposición previstas en determinadas normas procesales no pueden imponerse con un formalismo rigorista. Y así, «un listado cerrado o tasado de oposición previsto en una norma procesal, que responde a unos fines legítimos muy concretos, no exime del deber de motivación reforzada que incumbe al órgano judicial cuando puede estar afectada la protección de los menores, de las personas con discapacidad y de las familias dispensada por la Constitución y los instrumentos normativos del derecho regional e internacional de derechos humanos suscritos por España».

Prórroga del plazo para ejecutar el desalojo.— En este caso, la petición de la ahora recurrente era un simple aplazamiento con una determinación temporal cierta, que quedaba enmarcada de una manera natural dentro del procedimiento de ejecución de títulos judiciales. Entiende el Tribunal, por idénticas razones, que un exceso de formalismo rigorista implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo (art. 24.1 CE).

Por todo ello, el Tribunal estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

4) Voto discrepante.— El magistrado Enríquez Sancho discrepa de la anterior decisión, por considerar, en síntesis, que con en esta sentencia se está introduciendo una nueva causa de oposición a la ejecución civil de títulos judiciales no recogida en la ley. Basa su discrepancia en las razones siguientes: 1) La cuestión de inconstitucionalidad no es cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal (con cita y examen de las SSTC 41/1981, de 18 de diciembre y 32/2019, de 28 de febrero), correspondiendo al legislador articular las causas de oposición en los procesos civiles declarativos y de ejecución, y prever en su caso las condiciones para autorizar la paralización de la orden de desalojo de bienes inmuebles; 2) La única excepción que el Tribunal ha reconocido para poder suscitar cuestiones ajenas a las causas tasadas de oposición previstas en la ley, en concreto en el proceso ejecutivo hipotecario, son aquellas circunstancias procesales cuya concurrencia condicione la existencia misma de ese proceso ejecutivo (SSTC 39/2015, de 2 de marzo, FJ 6, y 49/2016, de 14 de marzo, FJ 4); 3) La motivación reforzada no concede derechos subjetivos al margen del ordenamiento, tan solo facilita la comprensión de lo que se ha juzgado y en este caso la decisión de rechazar aquella oposición se motivó en términos inteligibles, razonados y suficientes; 4) La sentencia mayoritaria ha elevado el interés superior del menor a la categoría de título exclusivo para otorgar derechos que las leyes no recogen, imponer deberes al juez que carece de competencia para ejercerlos, produciendo además el simultáneo menoscabo del derecho ajeno tan constitucionalmente protegible, como lo es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE) de la parte ejecutante en la instancia, aquí personada; 5) La sentencia de la que discrepa el magistrado pasa por alto, a su entender, algunos datos relevantes como que el desalojo de la vivienda ocupada sin título fue instado a través de un proceso para la tutela del derecho real inscrito, sin que la ahora

recurrente hubiera prestado la caución exigida para poder oponerse; procedimiento que, además, se caracteriza porque las causas de oposición son tasadas, sin que ninguna de ellas guarde relación con los motivos de defensa ahora invocados por la recurrente en amparo. En consecuencia, no comparte el magistrado la afirmación contenida en la sentencia de la que discrepa, relativa a que en el precedente procedimiento declarativo la demandante de amparo «tuvo una posibilidad efectiva y sin ningún tipo de limitación para plantear las diversas invocaciones que pudiera considerar adecuadas a la defensa de sus intereses y los de su familia, incluyendo la falta de proporcionalidad de una decisión de desalojo derivada de la situación de precariedad económica, el superior interés de los menores afectados, la ausencia de una alternativa habitacional». Añade que la recurrente no solo podía haber agotado todas las posibilidades impugnatorias, sino que podía haber acudido a la vía del juicio declarativo ordinario para defender sus razones para mantenerse en el inmueble; 6) La recurrente solicita que el juez civil se dirija a los servicios sociales del ayuntamiento, para que pida el historial con los datos que tenga de la recurrente y sus hijos, y se provea a una solución habitacional. Sin embargo, no consta que aquella, o su abogado, hayan intentado en algún momento dirigirse a esos servicios sociales en procura de una vivienda; y 7) No se explica en la sentencia mayoritaria por qué el interés superior del menor se satisface exigiéndole al juez de la ejecución que se pronuncie sobre la posibilidad de mantenerle en la vivienda ocupada ilegalmente. Se desconocen de hecho las condiciones de habitabilidad en las que se halla ese inmueble y si en estos ya más de cuatro años transcurridos, el hijo menor ha recibido tratamiento médico de su dolencia. Se convierte al Juez en gestor ante los servicios sociales, disponiendo la recurrente de otras vías administrativas y judiciales eficaces para resolver sobre su pretensión.

STC 139/2021, 12 de julio.

RA: desestimado.

Ponente: Balaguer Callejón.

Conceptos: Derecho de rectificación. Contenido y alcance. Derecho de información y derecho a la tutela judicial efectiva. Juicio de ponderación. Elementos fácticos o juicios de valoración.

Preceptos de referencia: Arts. 20.1 d) y 24 CE.

Resumen: Los órganos jurisdiccionales ordinarios deben valorar si en el escrito de rectificación el elemento predominante es el fáctico o el basado en juicio de valor para, en su caso, (i) asumir la potestad de modificar dicho escrito si el elemento predominante son los hechos, eliminando en su caso los juicios de valor si son realmente impertinentes, o (ii) excluir la totalidad del texto si el elemento predominante son esas opiniones sin el suficiente sustento o base fáctica.

Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el derecho de rectificación.

1) Antecedentes del caso.— Un medio de comunicación, concretamente un diario digital, el 13 de septiembre de 2017 publica una noticia bajo el siguiente titular: «Lezo: la Guardia Civil “pilló” a T. y B. reuniéndose con G.» Pocos días después, el 20 de septiembre de 2017, el Sr. T. envió solicitud de rectifica-

ción al director del medio con base al artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Ni el periódico ni la editorial a la que pertenecía respondieron al solicitante. Por tal motivo, este último presentó demanda de juicio verbal en materia de derecho de rectificación. El periódico se opuso a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia 74 de Madrid la estima mediante el dictado de una sentencia de 17 de noviembre de 2017, por entender que concurrían en el caso los requisitos del artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984, con cita de las SSTs (Pleno de la Sala Civil) núms. 376/2017, de 14 de junio, y 492/2017, de 13 de septiembre. En concreto, consideraba que la noticia era inexacta, por más que sea veraz el encuentro al que se refiere. Además, concurría un perjuicio para el demandante.

Tras interesar la aclaración y complemento de la sentencia de primera instancia, que fue denegada, la editorial recurre en apelación la sentencia y la sección octava de la Audiencia Provincial de Madrid lo desestima. En lo que respecta al contenido del derecho de rectificación, la Audiencia, con cita de las SSTC 168/1986, 51/2007 y 99/2011 y la STS núm. 376/2017, afirma que tal derecho «opera como un complemento de la información que se ofrece a la opinión pública, mediante la aportación de una “contraversión” sobre hechos en los que el sujeto ha sido implicado por la noticia difundida por un medio de comunicación. Por ello, si bien el derecho de rectificación constituye un derecho autónomo de tutela del propio patrimonio moral, a la vez opera como instrumento de contraste informativo».

Quien había ostentado la posición de demandada en la jurisdicción ordinaria interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Denuncia la vulneración del derecho a la información contenido en el artículo 20.1.d) CE, en su vertiente del derecho a comunicar libremente información veraz en relación con el derecho de rectificación. Además, considera infringido el artículo 24 CE, al haber tenido lugar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que las sentencias impugnadas han contravenido la doctrina constitucional en materia de derecho de rectificación al acoger la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 376/2017, de 14 de junio. Pone de manifiesto la ahora recurrente que es necesario que el Tribunal Constitucional corrija la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la mencionada STS 376/2017, al entender que altera, modifica y trastoca la interpretación uniforme y pacífica de la doctrina constitucional existente sobre el derecho de rectificación y el derecho a la información.

La editorial, además, interesa la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada en primera instancia, que se acuerda exclusivamente en lo referente a la publicación de la rectificación acordada.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.— La recurrente en amparo mantiene idénticos argumentos que en su escrito de impugnación.

— La representación procesal del Sr. T. invoca una serie de óbices procesales que, a su entender, impedirían al Tribunal entrar a conocer del fondo. Subsidiariamente y para el caso de que así fuera, proclama la inexistencia de la pretendida vulneración de derechos fundamentales que alega la editorial. Considera, además, que no concurre en este caso la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. Por lo demás, considera que la doctrina previa del Tribunal Constitucional fue correctamente aplicada por la jurisdicción ordinaria y que el Tribunal Supremo no tiene vedada la posibilidad de interpretar las normas constitucionales, no existiendo además conflicto alguno entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo.

– El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de amparo y el reconocimiento de la vulneración del derecho a la información del artículo 20.1 d) CE, en relación con el artículo 24.1 CE, de la recurrente en amparo. Con cita de la mencionada STC 99/2011, defiende la intangibilidad del contenido del escrito de rectificación por parte del órgano judicial, de tal manera que solo pudiera optar por publicarlo o no, pero sin «depuración» alguna. Por lo demás, entiende que en la STS 376/2017, de 14 de junio, el Tribunal Supremo se aparta de la doctrina constitucional cuando afirma que, al no ser siempre posible distinguir entre hechos y opiniones, hay que acudir a un juicio de ponderación que valore la relevancia de las palabras cuestionadas. Y así, desde la fiscalía se considera que ese juicio de ponderación va contra la naturaleza del proceso, fijada por el Tribunal Constitucional, que debe limitarse a facilitar otra versión de los hechos, pero sin valoraciones.

3) Posición del Tribunal.– El Tribunal Constitucional, tras depurar las cuestiones procesales que, según la representación procesal del Sr. T., debían impedir la admisión del recurso de amparo, identifica cuál es el objeto de la pretensión y lo sitúa en el alcance de la intervención jurisdiccional en el marco de la garantía judicial del procedimiento de rectificación. A tal efecto, expone la necesidad de recordar, en síntesis, la doctrina constitucional previa sobre derecho de rectificación, para examinar, a continuación, si la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicada por las resoluciones impugnadas en amparo, es contradictoria o no con dicha jurisprudencia constitucional o, por el contrario, se puede considerar un corolario derivado de aquella.

El derecho de rectificación desde una perspectiva constitucional.– Tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/1984, la STC 168/1986, de 22 de diciembre, concreta el contenido del derecho de rectificación en sintonía con lo previsto en el artículo 1 de la mencionada norma e insiste en su carácter instrumental. Este derecho no se identifica miméticamente con el derecho de réplica (*v. gr.* en Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, de servicios de comunicación audiovisual), toda vez que el derecho de rectificación se limita a la posibilidad de controvertir los hechos contenidos en una determinada información.

La STC 51/2007, de 12 de marzo, consagra la idea de que el derecho de rectificación actúa como garantía del derecho al honor y como refuerzo, y no como límite, del derecho a la información entendido en sentido amplio. Es decir, el derecho de rectificación opera como complemento de la información que se ofrece a la opinión pública (STC 99/2011, de 20 de junio). No es un mero derecho autónomo de tutela del propio patrimonio moral, sino que tiene una dimensión instrumental como contraste de la información y por ello, no puede considerarse impedimento de la libertad de información «sino favorecedora de la misma», porque la rectificación «permite contrastar versiones contrapuestas, en tanto ninguna haya sido acreditada como exacta, o desacreditada como falsa de forma definitiva, esto es con efectos de cosa juzgada» (STC 99/2011, FJ 4, y sentencias allí citadas).

El derecho de rectificación es, además, un medio preventivo independiente de la reparación del daño causado por la difusión de la información que se revele objetivamente inexacta. Es por ello que el trámite para el ejercicio del derecho debe ser preferente y sumario (SSTC 35/1983). La resolución judicial que finalmente estima una demanda de rectificación no garantiza la autenticidad de la versión de los hechos presentada por el demandante, ni puede tampoco producir efectos de cosa juzgada respecto de una ulterior

investigación procesal de los hechos efectivamente ciertos (STC 168/1986). En consecuencia, el ejercicio del derecho de rectificación «es siempre compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos (art. 6, *in fine*, de la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación)» (STC 52/1996, de 26 de marzo). Por tal motivo, el derecho de rectificación no exige de los órganos judiciales que conocen del mismo la indagación sobre la veracidad de la versión aportada por su titular. Pero tampoco habilita a actuar con automatismo y asegurar la concesión automática del derecho de rectificación.

Derecho de rectificación y facultad revisora del Tribunal.– Dicho esto, cabe preguntarse ahora qué margen tiene el órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda en ejercicio del derecho de rectificación, de recortar el texto propuesto como rectificación, aceptarlo en su totalidad o rechazarlo también en su totalidad cuando el demandante se extralimita de los hechos de la información que desea rectificar. Además, de la denominada doctrina del «todo o nada», ¿cabe que el órgano judicial realice un examen sobre el contenido del escrito de rectificación y separe lo que es descripción de lo que es valoración de los hechos, descartando esta última y modificando, por tanto el escrito de rectificación originalmente propuesto por el titular del derecho? La STC 51/2007 asume implícitamente esta posibilidad y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo así lo entiende (SSTS 376/2017, de 14 de junio, 253/2021, de 4 de mayo, 199/2021, de 12 de abril; 360/2020, de 24 de junio; 594/2019, de 7 de noviembre; 519/2019, de 4 de octubre; 80/2018, de 14 de febrero; 570/2017, de 20 de octubre y 492/2017, de 13 de septiembre).

El Tribunal Constitucional parte de la idea de que, si bien el derecho de rectificación no se configura en la Ley Orgánica 2/1984 como un derecho de réplica, que permita rebatir críticas consistentes en opiniones y juicios de valor, lo cierto es que en muchas ocasiones resultará complicado distinguir entre hechos y juicios de valor. Dificultad que aconseja, como expone el Tribunal Supremo en algunas de las sentencias mencionadas, aplicar al derecho de rectificación el mismo tipo de juicio que se utiliza para evaluar la eventual lesión del derecho al honor por el ejercicio de las libertades de comunicación –juicio de ponderación entre los derechos en conflicto y una valoración del contexto–.

En definitiva, el órgano jurisdiccional ordinario debe llevar a cabo el mencionado juicio de ponderación y valorar si el elemento predominante es el fáctico o el basado en juicio de valor para, en su caso, (i) asumir la potestad de modificar el escrito de rectificación si el elemento predominante son los hechos, eliminando en su caso los juicios de valor si son realmente impertinentes, o (ii) excluir la totalidad del texto si el elemento predominante son esas opiniones sin el suficiente sustento o base fáctica. De este modo, entiende el Tribunal que se da cumplimiento a los dos mandatos contenidos en la Ley Orgánica: a) De un lado, que la rectificación se limite a los hechos de la información que se desea rectificar (art. 2 de la Ley Orgánica 2/1984) y, de otro, b) que el fallo de un eventual juicio iniciado en garantía del ejercicio del derecho de rectificación, se limite a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión (art. 6 de la Ley Orgánica 8/1984) en la forma y plazos previstos en el artículo 3 de la ley, que se refiere expresamente a la publicación o difusión íntegra de la rectificación por parte del director del medio de comunicación social a quien no se reconoce la posibilidad de modificar el contenido del escrito.

4) Decisión.— En el caso examinado, del contenido de la noticia y del escrito de rectificación se concluye que el elemento predominante es claramente el fáctico o la información de hechos. Desde esta consideración, el órgano judicial considera pertinente corregir muy ligeramente el escrito de rectificación, al contener dos afirmaciones que pueden considerarse valoraciones. Esa corrección mínima, según el alto Tribunal, «coadyuva al refuerzo del derecho a la información del que es titular el recurrente en amparo, porque depura el contenido del escrito eliminando dos elementos netamente valorativos que no son en absoluto ni esenciales, ni preponderantes en el escrito». Por tanto, «ninguna incorrección constitucional cabe reconocer en las resoluciones objeto del recurso de amparo en lo que hace a la interpretación y extensión del derecho de rectificación y, adicionalmente, en lo que hace a la observancia del derecho a la información, respecto del que la rectificación actúa, si se ejercita dentro de los límites constitucionales previstos, como refuerzo y no como límite».

La doctrina del «todo o nada» no se aviene adecuadamente con las exigencias de la justicia del caso concreto. En cambio, la posibilidad de modulación garantiza que puedan tener acceso a la opinión pública versiones de los hechos que no llegarían a conocerse si en la instancia se procediera sencillamente a la desestimación completa de la pretensión de rectificación.

El recurso de amparo se desestima.

STC 161/2021, 4 de octubre.

RA: Estimado.

Ponente: Xiol Ríos.

Conceptos: Desahucio. Ejecución. Lanzamiento. Causas de oposición. Derecho a la tutela judicial efectiva. Dignidad personal. Vivienda digna. Protección internacional de las personas con discapacidad. Vulnerabilidad. Ajustes judiciales.

Preceptos de referencia: Arts. 10.2, 24 y 47 CE. Art. 556 LEC.

Resumen: Ante la existencia de indicios de discapacidad que puedan limitar la capacidad de comprensión de quien se ve inmerso en un procedimiento judicial, los tribunales deben desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto.

La protección que la Constitución dispensa a las personas con discapacidad no puede quedar condicionada por requisitos formales.

1) Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal.— El ahora recurrente en amparo fue condenado en un juicio verbal de desahucio por falta de pago de rentas. La propiedad instó la ejecución del decreto que ordenaba el desalojo. El Juzgado despachó ejecución y el hoy recurrente alegó, como causas de oposición, el pago completo de la deuda previo al despacho de ejecución, así como su situación de vulnerabilidad derivada de una enfermedad que afecta a su capacidad cognitiva, que acreditaba.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la oposición por considerar que las causas de oposición alegadas no constituían ninguna de las previstas legalmente. Añadía el órgano jurisdiccional que (i) A pesar del pago completo de la deuda, no consta que se hubiera atendido el requerimiento de pago ni se hubiera instado oposición en el previo juicio verbal de desahucio; y (ii) no ha existido vulneración de los derechos de las personas con discapacidad

puesto que «no consta que el demandado haya sido declarado judicial o administrativamente en dicha situación ni los padecimientos a los que se refiere la documentación determinan la necesidad de un complemento de su capacidad, sin perjuicio de que de encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad pueda acudir a los servicios sociales correspondientes».

El entonces ejecutado recurrió en apelación sin éxito. La Audiencia Provincial desestimó el recurso planteado, con base a similar argumentación que la vertida en la instancia.

2) Decisión del Tribunal.— El alto Tribunal considera que en el caso examinado se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva alegada por el demandante de amparo y ello por las siguientes razones: (i) Si bien el demandante dejó pasar la oportunidad de hacer alegaciones en el previo juicio verbal de desahucio, «[...] ante la existencia de indicios de discapacidad que puedan limitar la capacidad de comprensión de quien se ve inmerso en un procedimiento judicial sobre, por ejemplo, la relevancia de las consecuencias legales de su incomparecencia es menester, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, que los tribunales desarrollen la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto»; (iii) La protección que la Constitución dispensa a las personas con discapacidad no puede quedar condicionada por requisitos formales como son el previo reconocimiento o declaración judicial o administrativa de una situación de incapacidad.

STC 156/2021, 16 de septiembre.

RI: Estimado parcialmente.

Ponente: Balaguer Callejón. Voto particular: Balaguer Callejón.

Conceptos: Consumidores. Alcance. Cláusulas suelo. Reclamación previa. Costas procesales.

Preceptos de referencia: Arts. 14, 24.1 y 51.1 CE; arts. 2.2, 3 y 4 del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Resumen: El ámbito de aplicación del Real Decreto Ley 1/2017 de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo es discriminatorio toda vez que no protege a los consumidores que no son personas físicas (art. 2.2).

Del mismo modo, el régimen de imposición de costas previsto en dicha norma para el caso de allanamiento de las entidades bancarias es inconstitucional (art. 4.2).

No lo es, sin embargo, el régimen de imposición de costas previsto para el supuesto de que se siga la vía judicial, tras no aceptar el cliente el resultado (art. 4.1).

Como tampoco es inconstitucional la previsión relativa a que las entidades de crédito implanten un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, de carácter voluntario para el consumidor (art. 3).

1) Antecedentes y posición de las partes.— En el recurso de inconstitucionalidad que se examina, promovido por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, se impugnan, entre otros, los artículos 2.2, 3 y 4 del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

2) Consideraciones previas.— Antes de analizar la constitucionalidad de los preceptos impugnados, el Tribunal constata que el Real Decreto-Ley en el que se incluyen cumple los presupuestos del artículo 86.1 CE. Esto es, la extraordinaria y urgente necesidad y la conexión entre dicha urgencia y la medida adoptada.

Dicho esto, veamos los aspectos analizados en la sentencia que tienen una mayor incidencia en el ámbito del derecho civil.

3) La noción de consumidor incluida en el ámbito de aplicación de la norma.— El artículo 2.2 Real Decreto-ley 1/2017 dispone que «[...] Se entenderá por consumidor cualquier persona física que reúna los requisitos previstos en el artículo 3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre».

El precepto impugnado establece una definición de consumidor más restrictiva que la recogida en el artículo 3 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, al establecer el concepto general de consumidor y usuario, que otorga tal consideración no solo a ciertas personas físicas, sino también a algunas personas jurídicas y entidades sin personalidad. Para declarar su posible inconstitucionalidad es preciso determinar si esa restricción responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada. El Tribunal concluye diciendo que «la diferencia de trato que implica el ámbito subjetivo establecido en la norma legal cuestionada se revela carente de una justificación objetiva y razonable, y no responde a la finalidad perseguida por la regulación contenida en el Real Decreto-ley 1/2017, que es, según reza en el apartado III de su preámbulo, arbitrar un cauce sencillo y ordenado que facilite al consumidor la obtención de una rápida respuesta a sus reclamaciones, y llegar a un acuerdo con la entidad de crédito para conseguir la restitución de las cantidades indebidamente abonadas, al tiempo que se trata de evitar que se produzca un incremento de los litigios que habrían de ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste para la administración de justicia y un impacto perjudicial en su funcionamiento. Contrariando esa finalidad, los otros consumidores, que se ven impedidos de poder acogerse a ese procedimiento para reclamar la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas, tendrán que acudir necesariamente a la vía judicial como vehículo para dar curso a sus reclamaciones frente a las entidades bancarias».

En consecuencia, el requisito contenido en el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 1/2017, en cuanto a que el consumidor que se encuentra incluido en su ámbito de aplicación y puede acogerse a su regulación ha de ser «persona física», excluyendo al resto de consumidores a que se refiere el artículo 3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, constituye una directa vulneración del principio de igualdad en la ley consagrado por el artículo 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece no obedece, como se ha visto, a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la regulación contenida en el Real Decreto-ley».

Ello conduce a declarar la inconstitucionalidad del inciso «persona física» del artículo 2.2 impugnado.

4) La reclamación previa.— Dispone el artículo 3 de la norma examinada que «1. Las entidades de crédito deberán implantar un sistema de recla-

mación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor y cuyo objeto será atender a las peticiones que estos formulen en el ámbito de este real decreto-ley. Las entidades de crédito deberán garantizar que ese sistema de reclamación es conocido por todos los consumidores que tuvieran incluidas cláusula suelo en su préstamo hipotecario. 2. Recibida la reclamación, la entidad de crédito deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. En el caso en que la entidad considere que la devolución no es procedente, comunicará las razones en que se motiva su decisión, en cuyo caso se dará por concluido el procedimiento extrajudicial. 3. El consumidor deberá manifestar si está de acuerdo con el cálculo. Si lo estuviera, la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo. 4. El plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo y se ponga a disposición del primero la cantidad a devolver será de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación. A efectos de que el consumidor pueda adoptar las medidas que estime oportunas, se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo: a) Si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor. b) Si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna por parte de la entidad de crédito al consumidor reclamante. c) Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida. d) Si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida. 5. Las entidades de crédito informarán a sus clientes de que las devoluciones acordadas pueden generar obligaciones tributarias. Asimismo, comunicarán a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la información relativa a las devoluciones acordadas. 6. Las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación previa durante el tiempo en que esta se sustancie. Si se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación de este artículo, cuando se tenga constancia, se producirá la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa.»

Sostienen los recurrentes que dicho precepto deja al arbitrio de la entidad bancaria el establecimiento del sistema de reclamación previa, y que sea la que valore y considere si la cláusula suelo es abusiva, decidiendo sobre la procedencia de la devolución de las cantidades abonadas en concepto de cláusula suelo y sobre su cuantía, sin la supervisión de un tercero ajeno al contrato, lo que supone, a su entender (i) una desatención del principio *pro consumatore* establecido en el artículo 51 CE y (ii) una contravención del principio de igualdad. Además, se obstaculiza el acceso de los consumidores a la jurisdicción para evitar el colapso de la justicia, imponiendo trabas arbitrarias al establecer un mecanismo disuasorio, lento y sin garantías, en contravención con el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE.

El Tribunal rechaza la impugnación por las siguientes razones: (i) El contenido del artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2017 no es contrario a los mandatos del artículo 51 CE. Al contrario, articula un mecanismo simple para obtener la devolución por parte de las entidades financieras de las cantidades indebidamente satisfechas, de manera gratuita, y sin tener que acudir a un largo y costoso procedimiento judicial, medida que claramente se sitúa en la

línea tuitiva del consumidor que marca dicho precepto constitucional; (ii) La reclamación previa contenida en el artículo 3 del Real Decreto-ley tampoco puede considerarse contraria al principio de igualdad, ya que establece un procedimiento «a través del cual las dos partes de un contrato pueden poner fin a un conflicto surgido del contenido de una cláusula del propio contrato, declarada abusiva, en virtud de una especie de acuerdo transaccional, cuya implantación impone la norma a la entidad financiera, y en el que la parte prestataria presenta su reclamación y la prestamista contesta efectuando, en su caso, una propuesta que la reclamante es libre de aceptar o no, quedando, en cualquier supuesto, expedita la posibilidad de acudir a la vía judicial»; (iii) Por último y en cuanto a la posibilidad de que se establezcan procedimientos distintos, que puedan dar lugar a respuestas diversas, efectivamente el resultado que obtenga cada cliente dependerá de determinadas variables individualizadas, de manera que es difícil exigir un resultado igual para todos los consumidores, salvo que las circunstancias sean de todo punto idénticas, pero ello no permite cuestionar su constitucionalidad; (iv) El fin perseguido por el precepto analizado es constitucionalmente legítimo –evitar el colapso judicial y permitir que puedan ser efectivos los derechos fundamentales que, en relación con la administración de justicia y con el proceso, se consagran en el artículo 24 CE, en especial aquellos que se refieren al acceso a la justicia y a no padecer dilaciones indebidas en el desenvolvimiento del proceso; (v) El consumidor puede renunciar a esta vía, acudiendo directamente a la judicial, no siendo tal procedimiento obstativo en modo alguno de esa opción.

Ello conduce a declarar la constitucionalidad del artículo 3 impugnado.

5) Costas procesales.— El artículo 4 del Real Decreto-Ley 1/2017 establece que «1. Solamente si el consumidor rechazase el cálculo de la cantidad a devolver o declinase, por cualquier motivo, la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad, se impondrá la condena en costas a esta. 2. Si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial del artículo 3, regirán las siguientes reglas: a) En caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. b) En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada. 3. En lo no previsto en este precepto, se estará a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil».

Los demandantes alegan que este precepto modifica lo previsto en los artículos 394 y 395 LEC, incluyendo excepciones a la regla general que vulnerarían el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), perjudicando así a los consumidores a pesar de lo establecido en el artículo 51 CE, en la Directiva 93/13 y lo que en relación con la misma ha establecido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

El Tribunal recuerda que el Derecho de la Unión Europea no es canon de constitucionalidad de las normas y que el artículo 24.1 CE no ha incluido dentro de las garantías constitucionales del derecho a la tutela judicial efecti-

va la condena en costas. Se trata de una cuestión que corresponde determinar al legislador con libertad de criterio, sin más límites que el no establecimiento de requisitos que sean irrazonables y desproporcionados o que produzcan un obstáculo innecesario y excesivo en el derecho de acceso a la jurisdicción.

Dicho esto, el Tribunal distingue entre las dos reglas especiales que, en cuanto a las costas, establece el referido artículo 4: por un lado, para el supuesto de que se siga la vía judicial, tras no aceptar el cliente el resultado de la reclamación (apartado 1); y, por otro, para el caso de que se haya acudido directamente a la vía judicial, sin instar previamente la reclamación previa del artículo 3 (apartado 2).

– En lo relativo al artículo 4.1 del Real Decreto-ley, concluye considerando que la alteración introducida respecto del régimen general de las costas mantiene un equilibrio en las posiciones de las partes, ya que otorga ventajas por igual a unas y otras. Añade que incluso puede atisbarse que se está tratando de incentivar a las entidades de crédito para que formulen ofertas serias y bien fundadas a los clientes. Finaliza diciendo el Tribunal que no puede tacharse de irrazonable que no se impongan las costas a la entidad financiera si ha realizado una oferta tras reclamársele el pago y en la vía judicial no se obtiene un fallo que conceda más de lo ofrecido extrajudicialmente.

Por lo demás, no observa discriminación respecto de quien reclamara extrajudicialmente la devolución de lo indebidamente abonado en virtud de la cláusula suelo por cualquier otro mecanismo admitido en nuestro ordenamiento, distinto a la reclamación previa regulada en el artículo 3 de la norma examinada.

Tampoco entiende vulnerado el artículo 14 CE en aquellos casos en los que la entidad financiera no responde a la reclamación o la rechaza, los cuales, por determinación del artículo 4.3, quedarán sujetos al régimen general del artículo 394 LEC. Esto implica tanto la imposición de costas cuando se estimen íntegramente las pretensiones del consumidor demandante, como la posibilidad de que, en el caso de estimación parcial, se aprecie la existencia de temeridad en el proceder de la entidad financiera por parte del órgano judicial, «lo que entraña dejar al libre criterio de este la ponderación de las circunstancias del caso para decidir en consecuencia, valorando en cada supuesto la actuación de las entidades de crédito en relación con las reclamaciones que se les hayan formulado en el marco o a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han determinado la nulidad de determinadas cláusulas suelo y la obligación de las entidades financieras de reembolsar todo lo percibido en virtud de la aplicación de aquellas desde el comienzo del contrato». Concluye el Tribunal considerando que esta opción legislativa no puede ser tachada de carente de justificación objetiva o de irrazonable, por lo que no cabe entender tampoco que el artículo 4.1 vulnere el artículo 14 CE desde esta perspectiva.

– Sin embargo, en lo que respecta al artículo 4.2, que se refiere estrictamente a los supuestos de no planteamiento de la reclamación previa del artículo 3, el Tribunal considera que es inconstitucional por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE e infringir el artículo 51.1 CE, ya que, lejos de constituir una norma de protección de los consumidores, «[...] representa una directa coerción sobre ellos para acudir a la vía de la reclamación previa, y dificulta la efectiva defensa de sus derechos, así como la protección de sus intereses económicos, colocándolos en una posición de inferioridad respecto de las entidades financieras, que son las claramente favorecidas con el sistema de imposición de costas que se con-

templa para el caso de que no haya sido presentada anteriormente una reclamación de las reguladas en el artículo 3 del Real Decreto-ley».

6) Voto discrepante.— La sentencia cuenta con un voto particular discrepante de la propia ponente, al entender que la queja que denuncia la vulneración del artículo 51 CE por parte del artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2017 debería haber sido estimada.

Y así, tras una argumentación detallada de las razones en las que basa su discrepancia, sostiene que «[...] la regulación del procedimiento de reclamación previa se asienta sobre la premisa de otorgar una situación de indudable ventaja a las entidades financieras, mientras que se coloca a los consumidores en una posición de subordinación frente a aquellas, y esa forma de abordar la solución a un previsible problema, originado —no lo olvidemos— por las propias entidades financieras, no puede considerarse conforme con el mandato del artículo 51 CE, que, como antes he señalado, es una regla estructural del Estado social, ya que ese precepto, en conexión con el artículo 1.1 CE, se dirige a corregir las desigualdades generadas en el funcionamiento del mercado entre empresarios y consumidores. La regulación que incluye el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2017 no solo no corrige esas desigualdades, sino que las potencia, favoreciendo el mantenimiento e, incluso, el acrecentamiento de la situación de superioridad de las entidades financieras, con la correlativa desprotección de los consumidores, que son situados, una vez más, en una posición de inferioridad, con merma de las garantías de sus legítimos derechos».

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Ricardo PAZOS CASTRO** (Profesor colaborador asistente de Derecho civil. Universidad Pontificia Comillas), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador postdoctoral. Universidad de Münster), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Plazo de prescripción de la acción para reclamar responsabilidad al tutor por los daños causados por su actuación. Valoración del nivel de diligencia desplegado por un tutor.–En la regulación de la tutela del Código civil no se especifica el sistema de prescripción de la acción para

reclamar responsabilidad al cargo tutelar por los daños causados por su actuación.

Ante la ausencia de una regla expresa, según las circunstancias, la doctrina propone soluciones matizadas a la hora de fijar el *dies a quo*, partiendo del hecho generador de la responsabilidad y a la vista de las reglas generales sobre prescripción (arts. 1932, 1961 y 1969 CC).

Hay unanimidad, sin embargo, a la hora de descartar la entrada en juego del plazo de un año del artículo 1968.2.º CC. Ello por cuanto no estamos en el ámbito de aplicación del artículo 1902 (responsabilidad extracontractual), sino en el de los artículos 1101 y ss. CC, que no se limitan a la responsabilidad que nace de contrato, sino que se refieren a los daños y perjuicios causados por «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas».

Habida cuenta de que no existe un plazo especial, debe estarse al plazo general que para las acciones personales establece el artículo 1964 CC: en la actualidad, el plazo es de 5 años, pero será de 15 años si por razones temporales no resulta de aplicación este plazo de 5 años introducido por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Respecto del nivel de diligencia exigido a un tutor, resulta negligente embarcarse en una operación financiera y fiscal de enorme calado y coste sin asegurarse de que con ella se obtendrán ventajas ciertas para el patrimonio del tutelado. Además, la actuación de un especulador, cuyos hipotéticos beneficios solo se materializarían mucho tiempo después de la toma de la decisión financiera, es contraria a la diligencia exigida en la gestión del patrimonio del tutelado; y mucho más contraria a mayor edad y esperanza de vida del tutelado.

Además, no es óbice a la responsabilidad exigida al tutor que la operación sea autorizada por el juez de la tutela, ni que sea aprobada la cuenta final. La autorización judicial no exime al tutor de la responsabilidad por los daños causados por no observar la debida diligencia de un buen administrador en atención a las circunstancias, ni tampoco la rendición general de cuentas.

Tampoco es un argumento contradictorio con la estimación de la demanda de responsabilidad contra el tutor que, a su vez, se estime una demanda interpuesta por el tutor contra los herederos para cobrar su retribución. Que la tutela sea retribuida no es incompatible con la responsabilidad del tutor, sino que, por el contrario, es un argumento que permite exigir mayor rigor en la diligencia debida. (**STS de 12 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Jenaro, heredero de Pedro, interpone demanda de juicio ordinario contra Héctor, quien fue sobrino y tutor de Pedro. Como consecuencia del deterioro cognitivo de Pedro, a Héctor se le atribuyeron judicialmente funciones de representación y administración del patrimonio de Pedro. El demandante solicita se dicte sentencia por la que se declare la responsabilidad civil de Héctor, en su calidad de tutor.

Por su parte, Héctor interpone demanda de juicio ordinario contra Jenaro en reclamación de la cantidad que se le adeuda en concepto de retribución por su actuación como tutor.

Ambos procedimientos se acumulan en uno.

La demanda de Jenaro es estimada parcialmente, al valorarse que, en el ejercicio de la tutela, Héctor realizó operaciones de administración negligentes y otras actuaciones determinantes de gastos que no redundaron en beneficio de su tutelado. Por su parte, la demanda de Héctor es estimada íntegramente.

Héctor recurre en apelación, recurso que es desestimado.

Héctor interpone recurso de casación, alegando la prescripción de la acción. El recurso de casación es desestimado, al entenderse que la acción promovida por los demandantes no había prescrito. En el mismo sentido, dada la avanzada edad del tutelado, su enfermedad y su esperanza de vida, embarcarse en una operación financiera de alto riesgo y cuyos beneficios esperan ser obtenidos mucho tiempo después no redundan ni en beneficio del tutelado ni (a la vista de sus actuaciones vitales) resulta respetuosa con la voluntad del tutelado. (T. R. C.)

2. Responsabilidad extracontractual: Prescripción de la acción y casación.—A efectos de admisibilidad del recurso de casación, el hecho de que el instituto de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a la jurisprudencia civil revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (SSTS 134/2012, de 29 de febrero). Así lo declara respecto al *dies a quo* (día inicial) para el cómputo del plazo de prescripción de la acción las SSTS de 27 de mayo de 2009; 199/2014, de 2 de abril; y 326/2019, de 6 de junio, entre otras muchas.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en los casos de lesiones corporales.—La jurisprudencia civil ha proclamado que el día inicial del cómputo del plazo del año del artículo 1968.2 CC, lo adquiere el perjudicado al producirse el alta médica, que es cuando realmente toma constancia de la entidad y consecuencias del daño, en la medida en que la medicina ha agotado las posibilidades de restituir la integridad física del lesionado a la existente con antelación al daño. Es el momento en que se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización (SSTS 429/2007, de 17 de abril, del Pleno; 1032/2008, de 30 de octubre; 326/2019, de 6 de junio; y 326/2020, de 22 de junio, entre otras).

Determinación del *dies a quo* en el marco de un proceso judicial.—La determinación del denominado día de corte se establece, en numerosas ocasiones, tras la valoración del proceso evolutivo de una patología, dentro del marco de un proceso judicial, con discusión de las partes al respecto y valoración de periciales contradictorias; por consiguiente, es posible que se fije en sentencia el día de estabilización, pues las revisiones periódicas seguidas pueden permitir apreciar la estabilidad de una lesión, que no ha progresado evolutivamente de forma favorable sobre lo esperado (STS 326/2022, de 22 de junio. Puede consultarse en análogos términos la STS de 2 de febrero de 2015).

La reclamación extrajudicial, cualquiera que sea su forma, es válida para interrumpir la prescripción, siempre que quede constancia de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago.—Así se han manifestado las SSTS 97/2015, de 24 de febrero; 74/2019, de 5 de febrero; y 142/2020, de 2 de marzo, por lo que un burofax reúne los requisitos para cumplir dichas exigencias. Por su parte, la STS 62/2018, de 5 de febrero, señaló que es el momento de presentación ante el Juzgado de la demanda de conciliación el que determina la interrupción de la prescripción, que correrá de nuevo —en su caso— a partir del momento de celebración de dicho acto. (STS de 10 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora demandó a Lidl Supermercados por los daños y perjuicios sufridos por la caída padecida, el 28 de febrero de 2013, en un establecimiento de la demandada situado en Inca (Mallorca). Se reclamaron 14.744.67 €.

La caída se produjo a consecuencia del agua acumulada justo después de la alfombra de entrada, agua que no era visible a simple vista, ni estaba señalizada dicha situación. El percance causó a la demandante la fractura de la muñeca derecha y traumatismo coxígeo, lesiones de las que estuvo en tratamiento médico hasta el 23 de mayo de 2014. La víctima se quedó con secuelas (muñeca dolorosa, limitación muñeca derecha y agravación patológica lumbar).

Quedó probado que la actora formuló reclamación previa extrajudicial mediante burofax de 24 de junio de 2014; y el intento de conciliación mediante papeleta presentada con fecha 23 de junio de 2015, que terminó sin avenencia el 22 de septiembre de 2015.

El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda por prescripción de la acción. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la actora, casó la sentencia recurrida y mandó devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que resolviera dicho recurso, a efectos de no privar a la parte demandante de la correspondiente instancia, dada la inexistencia de la prescripción de la acción deducida.

NOTA.—Para aclarar la doctrina jurisprudencial recogida en los apartados primero, segundo y tercero de esta sentencia, conviene tener en cuenta lo establecido por la STS de 2 de febrero de 2015 cuando dice que es reiterada y pacífica la doctrina jurisprudencial (STS de 19 de enero de 2011) que considera, en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, que el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, en cuyo supuesto la fijación del *dies a quo*, para la computación del plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica. También dice esta sentencia y las SSTS de 27 de mayo de 2009 y 10 de junio de 2010, entre otras, que la determinación de este día

inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Sin embargo, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. (I. D.–L.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Menores no acompañados. Protección del menor.—El Tribunal Supremo afirma que la interpretación de los textos legales en esta materia debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño y, en particular, con su artículo 3.1. Asimismo, la sentencia defiende que «los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad deben ser considerados menores de edad hasta que se determine su edad».

Sometimiento a pruebas de determinación de la edad. Necesidad de justificación y ponderación.—Es doctrina de este Tribunal que el inmigrante cuya minoría de edad se desprende de su pasaporte o documento de identidad equivalente «no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido». Asimismo, e independientemente de que se trate de personas documentadas o indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente aquellas que son consideradas invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad (SSTS 453/2014, de 23 de septiembre; 720/2016, de 1 de diciembre y 307/2020, de 16 de junio, entre otras). La sentencia considera que en el presente caso no se ponderaron adecuadamente las razones por las que se decretó la mayoría de edad, destacando que la apariencia física no puede ser un factor determinante cuando se trata de adolescentes, así como que la negativa a someterse a las pruebas médicas tampoco puede ser considerado un indicio decisivo. (STS de 25 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Feliciano viajaba en una patera sin documentación alguna cuando fue rescatado en agosto de 2017. Tras facilitarle sus datos a la policía, resultó que Feliciano figuraba en sus bases de datos como nacido en 1999. Meses después, Feliciano presentó a la policía una carta consular de la embajada de su país en España, un certificado de nacionalidad y una partida de nacimiento, conforme a los cuales se indicaba que se trataba de un menor de edad nacido en el año 2000. Sin embargo, la contradicción con la fecha de nacimiento que constaba en las bases de datos policiales, unida a su apariencia adulta y a la falta de comunicación en el momento del rescate de que se trataba de un menor de edad, provocaron que la policía activara el protocolo establecido para los mayores de edad.

Feliciano fue trasladado a un centro de primera acogida en el que mostró su oposición a someterse a cualquier reconocimiento médico forense para la determinación de su edad.

Feliciano interpuso demanda contra la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, que en diciembre de 2017 adoptó un acuerdo en el que se establecía su mayoría de edad y, por tanto, la improcedencia de una medida de tutela. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que las circunstancias del caso requerían que, pese a existir pasaporte, fuera exigible la realización de pruebas médicas para la determinación de la edad del demandante. Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación, que también fue desestimado. Feliciano interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación argumentando la infracción del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y del artículo 190.2 del Real Decreto 557/2011 que lo desarrolla, así como la infracción del artículo 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (*M. S. G.*)

4. Incapacitación. Modificación de la capacidad de las personas. Tratamiento jurídico dispensado a la discapacidad en el Convenio de Nueva York. El derecho de las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás sujetos.—

En el contexto expuesto, se inserta el precitado Convenio de Nueva York, en cuyo artículo 12.1 se dispone que: «Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica». Y el apartado 2 de dicho precepto establece que «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». En este sentido, la capacidad jurídica se identifica con la denominada capacidad de obrar.

Es mérito del Tratado reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos del artículo 1.1 del Convenio, sin perjuicio de que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos. Así se dispone, en el apartado 3 del tantas veces invocado artículo 12, según el cual: «los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», que no olvidemos ostentan en igualdad de condiciones con los demás. A tales efectos, se adoptarán los apoyos variables, flexibles y proporcionados, las denominadas salvaguardias, a las que se refiere el artículo 12.4, en los términos siguientes:

«Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que

estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

Con ello no se pretende que las personas con discapacidad tengan derechos específicos por ser diferentes (proceso de especificación), sino simplemente que disfruten de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones (proceso de generalización), con las medidas de apoyo que, en su caso, sean necesarias a tales efectos.

Compatibilidad del sistema tutelar español con el Convenio de Nueva York.—La vigencia del Convenio de Nueva York, considerado como el gran tratado de derechos humanos del siglo XXI, determinó la necesidad del pronunciamiento de esta Sala sobre la compatibilidad del sistema tutelar español con la precitada Convención, lo que se llevó a efecto mediante STS de Pleno 282/2009, de 29 abril, en la que se descartó que nuestro procedimiento de modificación de la capacidad y de constitución de tutela o curatela sean discriminatorios y contrarios a los principios del tratado, que no resultaba, por consiguiente, derogado, y así declaramos que: El sistema de protección establecido en el Código civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de protección tiene características específicas y propias.

Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

Dicha doctrina fue ratificada en sentencias posteriores como, por ejemplo, las SSTS 716/2015, de 15 de julio y 298/2017, de 16 de mayo, entre otras.

Principios jurisprudenciales derivados de la suscripción del Convenio.—El nuevo panorama normativo, fruto además de la nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, que se encuentran bajo la tutela efectiva de esta Sala, motivó un sólido cuerpo jurisprudencial asentado en los principios que podemos sistematizar de la forma siguiente:

A) «Principio de presunción de capacidad de las personas:» Conforme a tal regla a toda persona se le debe presumir capaz para autogobernarse, en tanto en cuanto no se demuestre, cumplidamente, que carece de las facultades para determinarse de forma autónoma (SSTS 421/2013, de 24 de junio; 235/2015, de 29 de abril; núm. 557/2015, de 20 de octubre, y 145/2018, de 15 de marzo).

En cualquier caso, hemos de partir de la indiscutible base de que una conducta extravagante, inusual o desviada no es sinónima de enajenación (STEDH dictada en el caso Winterwerp, de 24 de octubre de 1979).

B) «Principio de flexibilidad:» El sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable (STS 282/2009, de 29 de abril). «Debe ser un traje a medida» (SSTS 341/2014, de 1 de julio, y 244/2015, de 13 de mayo). Responder a una «valoración concreta y particularizada de cada persona» (SSTS 557/2015, de 20 de octubre, y 373/2016, de 3 de junio). En definitiva, a situaciones

diversas medidas individualizadas diferentes. En este sentido, se expresa la STS 458/2018, de 18 de julio, cuando señala que el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como «traje a medida» (SSTS 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 124/2018, de 7 de marzo; y 118/2018, de 6 de marzo) que es a lo que debe conducir el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona.

C) «Principio de aplicación restrictiva:» La incapacitación de una persona, total o parcial, debe seguir siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta (SSTS 421/2013, de 24 de junio, y 544/2014, de 20 de octubre). La privación de derechos sólo es factible como sistema de protección (SSTS 341/2014, de 1 de julio, y 716/2015, de 17 de diciembre). La pérdida del sufragio no es una consecuencia necesaria de la declaración de modificación de la capacidad (SSTS 421/2013, de 24 de junio; núm. 181/2016, de 17 de marzo y núm. 373/2016, de 3 de junio).

D) «Principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales:» La modificación de la capacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio (SSTS 617/2012, de 11 de octubre; 421/2013, de 24 de junio; 216/2017, de 4 de abril; y 118/2018, de 6 de marzo, entre otras muchas).

En el preámbulo de la Convención se hace referencia a que la misma se pacta «reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso»; y, en su artículo 1.1, podemos leer que «el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente».

E) «Principio del interés superior de la persona con discapacidad:» El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. A dicho principio se refiere la STS 458/2018, de 18 de julio, cuando señala que «el interés superior del discapaz (SSTS 635/2015, 19 de noviembre, 403/2018, de 27 de junio), es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los

derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado.»

El juicio de modificación de la capacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica (SSTS 341/2014, de 1 de julio, 244/2015 de 13 mayo, 557/2015 de 20 octubre, 597/2017, de 8 de noviembre, y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras).

F) «Principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad:» No deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos.

La STS 487/2014, de 30 de septiembre, respeta la voluntad de la discapacitada sobre la elección de curador en la persona de su hijo, frente al nombramiento de la hija, acordado por la audiencia, tomando en consideración los artículos 223 y 234 CC, el Real Decreto Ley 1/2013, y también el artículo 3 del Convenio sobre la necesidad de respetar «la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones.»

Después de la Convención y en su mismo sentido, el artículo 3 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General «de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social,» establece como principio de actuación «El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.»

G) «Principio de fijación de apoyos:» Es resultado de la evolución del sistema de sustitución en la adopción de decisiones por otro basado en la determinación de apoyos para tomarlas, que puede abarcar todos los ámbitos de la vida tanto personales, económicos y patrimoniales, que recibe una consagración normativa en la Convención de Nueva York (SSTS 698/2014, de 27 de noviembre; 553/2015, de 14 de octubre, y 373/2016, de 3 de junio).

En este sentido, las SSTS 298/2017, de 16 de mayo, y 597/2017, de 8 de noviembre, sintetizaron la jurisprudencia civil al señalar que la «Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). La jurisprudencia se ha pronunciado también en el sentido de que el sistema de apoyos está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos (SSTS 298/2017, de 16 de mayo, y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras), los cuales han de interpretarse además conforme a los principios de la Convención, según el grado de intensidad de la intervención, la entidad del apoyo o la necesidad de la sustitución para adoptar el mecanismo tuitivo correspondiente.

La constitución de la tutela como medida de apoyo al discapacitado.—El mecanismo representativo de protección viene constituido por la tutela, como forma de apoyo más intensa reservada para los supuestos en los que la persona afectada no pueda tomar autónomamente decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma, ni tampoco con el apoyo de otras personas. En tal sentido, el artículo 267 CC dispone que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia.

La curatela es la medida que se debe adoptar cuando la persona afectada conserva las facultades de autodeterminación.—Ahora bien, cuando proceda la adopción de medidas de apoyo menos intensas, sin necesidad de acudir al mecanismo de la sustitución, pues la persona afectada conserva facultades de autodeterminación en distinto grado es suficiente el mecanismo de la curatela, concebido como asistencia o complemento de capacidad (arts. 287, 288 y 289 CC), y SSTS 118/2020, de 19 de febrero, y 654/2020, de 3 de diciembre.

Contenido de la curatela.—La curatela se configura como una institución flexible, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, susceptible de abarcar tanto el ámbito personal o patrimonial de la persona afectada o ambos a la vez (SSTS 995/1991, de 31 diciembre; 337/2014, de 30 de junio; 553/2015, de 14 de octubre; 216/2017, de 4 de abril; y 458/2018, de 18 de julio, entre otras muchas).

El curador no tiene funciones de representación.—El curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial (SSTS 341/2014, de 1 de julio; y 698/2014, de 27 de noviembre).

La curatela como medida normal de apoyo para los diagnosticados de esquizofrenia paranoide.—Procede, declarar la sujeción de la demandada al mecanismo tuitivo asistencial propio de la curatela. Precisamente esta medida de apoyo es la acordada en casos similares, en los que la parte demandada padecía esquizofrenia paranoide (SSTS 421/2013, de 24 de junio, y 716/2015, de 17 de diciembre). (**STS de 6 de mayo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En un proceso de modificación de la capacidad en el que se discutía sobre la capacidad jurídica de la demandada, diagnosticada de esquizofrenia paranoide, y sobre las medidas de apoyo que se deben adoptar para su ejercicio, así como la determinación de los actos concretos que necesitan de la intervención y auxilio de otra persona, ya sea a través de la tutela o de la curatela. El juzgado resolvió que la demandada se encontraba afectada al estado civil de incapacidad parcial, limitada con respecto: 1) a los actos de disposición; 2) a los actos de extraordinaria administración; 3) al manejo de medicamentos y 4) al ámbito de la salud mental y prestación de consentimiento informado. Por lo que constituyó el régimen de tutela, como medida de apoyo, con designación de tutor a su hermano. La audiencia confirmó la sentencia de primera

instancia, salvo en lo relativo a la designación del tutor que, ante los problemas de relación existentes con sus hermanos, consideró más conveniente que fuera asumida por la Agencia Madrileña para la asistencia de Adultos. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación en lo que se refiere a la constitución de la de la curatela como medida de apoyo, en lugar de la tutela.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa es anterior a la entrada en vigor de la Ley 8 de 2 de junio de 2021, por la que se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En el nuevo sistema, en vigor desde el 3 septiembre de 2021, se eliminó la tutela del ámbito de la discapacidad que queda reservada para los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad. Por otro lado, la nueva regulación se inspira en una pluralidad de apoyos, dirigidos a garantizar el cumplimiento de los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad de la Convención de Nueva York. Así, se pueden distinguir entre los apoyos informales (guarda de hecho) y los apoyos formales. Estos últimos (los apoyos formales) pueden ser: a) voluntarios (autocuratela, acuerdos de apoyos y poderes preventivos), b) judiciales (curatela y defensor judicial) y c) legales (guarda legal de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la función de apoyo en caso de urgencia y en defecto de medidas formales o informales que se estén aplicando eficazmente). En cuanto a su adopción, se da preferencias a las medidas voluntarias del propio afectado, frente a las medidas de origen judicial. En definitiva, se ha pasado de un sistema general y abstracto en el que se sustituía la voluntad del discapacitado por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete los derechos, voluntad y preferencia de la persona. (C. O. M.)

5. Derecho a la intimidad personal y uso de dispositivos de geolocalización.—El uso generalizado de las nuevas tecnologías afecta o puede afectar a la intimidad. El artículo 7.1 y 5 LO 1/1982 tiene que ver con los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control. Se considera una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad, sin perjuicio de los casos en que el titular del derecho lo autorice y de los casos de actuaciones autorizadas por la Ley, el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, y la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo en los casos previstos en el artículo 8.2.

La normativa permite el uso de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización con fines de investigación criminal. La LO 13/2015, de 5 de octubre, modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar cobertura al uso de este tipo de dispositivos. Al tratarse de una medida limitativa de los derechos fundamentales, debe estar prevista en una norma y debe ser necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. La jurisprudencia penal ha venido entendiendo legítimas las injeren-

cias en la intimidad de terceros mediante la utilización de dispositivos GPS en vehículos o buques, pero siempre que estas prácticas se lleven a cabo por las fuerzas policiales en el curso de una investigación criminal por delitos graves. Por el contrario, la normativa sobre seguridad privada prohíbe expresamente a los detectives privados utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho a la intimidad personal o familiar. (**STS de 10 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En el curso de una investigación encargada a un detective privado para emitir un informe que sirviera como prueba en un proceso de familia en el que el demandante no era parte, se colocó sin su consentimiento un dispositivo de localización y de seguimiento mediante tecnología GPS en su coche. El demandante (JL) era sospechoso de mantener una relación sentimental con la exesposa de A y éste quería, a través de esta medida, solicitar una modificación de medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio. JL interpuso una demanda contra A, el detective y la empresa de detectives para la que trabajaba, solicitando la declaración de intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y que se les condenara al pago solidario de una indemnización. Alegó: 1) que el actor no había consentido la colocación del dispositivo; 2) que el seguimiento había durado cuatro meses y había permitido conocer todos sus movimientos; 3) que se había producido, con ello, una vulneración a su derecho a la intimidad; 4) que el seguimiento había provocado en el demandante un síndrome persecutorio y constante estado de ansiedad.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda respecto de A y estimó en parte la demanda respecto del detective, declarando la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del actor y condenándole al pago de la mitad de la indemnización reclamada. Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por parte del detective, solicitando la desestimación de la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, en el sentido de rebajar la cuantía de la indemnización. El demandado interpuso recurso de casación, alegando: a) que el uso de estos dispositivos de localización no supone una injerencia al derecho a la intimidad porque los datos que proporciona el dispositivo sólo permiten saber dónde se encuentra el vehículo objeto de seguimiento, pero no quién lo usa ni qué es lo que está haciendo o hablando las personas que van en él, ya que no capta imágenes ni sonidos; b) el seguimiento se hizo siempre en espacios públicos; c) que el uso de estos dispositivos está legalmente permitido y constituye un medio idóneo y proporcionado para el fin pretendido.

El Tribunal Supremo concluye que el uso de este tipo de dispositivos no es inocuo para la intimidad, por mucho que no se captaran imágenes o sonidos y sólo facilitara la ubicación del vehículo, pues sirve para revelar datos o informaciones sobre la conducta de la persona investigada. Además, la conducta enjuiciada se puede incardinar en los supuestos 1 y 2 del artículo 7 LO 1/1982. El Alto Tribunal considera no admisible: a) el argumento de que los avances tecnológicos y el uso generalizado de la geolocalización en dispositivos

personales, como teléfonos móviles, obligue a reinterpretar el contenido y el alcance del derecho fundamental a la intimidad, pues todas las aplicaciones requieren el previo consentimiento del titular del dispositivo; b) el argumento de que el uso de este tipo de dispositivos está legalmente permitido y constituye un medio idóneo y proporcionado para el fin pretendido, pues la normativa aplicable al caso no permite el empleo por detectives privados de medios que vulneren la intimidad, algo que corresponde a las fuerzas y cuerpos policiales. Finalmente, el Tribunal Supremo se refiere a la cuantía de la indemnización, que entiende fijada correctamente por la Audiencia Provincial. Por todo ello, acaba desestimando el recurso.

NOTA.—Sobre el alcance del derecho a la intimidad frente al uso generalizado de las nuevas tecnologías, como el empleo de cámaras de seguridad, *vid.* las SSTC 799/2010, de 10 de diciembre, y 441/2019, de 24 de septiembre. Respecto a la grabación mediante cámara oculta, *vid.* las SSTC 186/2000, de 10 de julio; 156/2001, de 2 de julio; 196/2004, de 15 de noviembre; 1233/2008, de 16 de enero; 536/2009, de 30 de junio; y 634/2017, de 23 de noviembre, anulada parcialmente por la STC 25/2019, de 25 de febrero. También la STS de 7 de julio de 2016 y las SSTEDH 15 de febrero y 4 de mayo de 2000, y 2 de septiembre de 2010. En cuanto al juicio de proporcionalidad a la hora de establecer medidas restrictivas de derechos fundamentales, *vid.* SSTC 66/1995, de 8 de mayo; SSTC 37/1989; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero. Sobre la cobertura legal de utilizar esos dispositivos de seguimiento y localización, *vid.* STS de 13 de mayo de 2020. Finalmente, en cuanto a la fijación de la indemnización por daño moral en procesos sobre derechos fundamentales, *vid.* SSTs 24 de junio de 2020 y de 21 de septiembre de 2020. (*S. L. M.*)

6. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. Acusación de amaños a jugador de fútbol profesional.—La Sala Primera del Tribunal Supremo estima que no existe vulneración al honor, sino legítimo ejercicio de libertad de expresión y derecho de información, por manifestar en privado que un jugador había tenido actitudes sospechosas (pedir vino a jugadores de otro equipo), pero dudando del significado de las mismas (si ello denotaba que se había «vendido») respetando su presunción de inocencia. En particular, la información era de interés general, veraz y no peyorativa. (**STS de 20 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El entrenador de un equipo de fútbol cuyos jugadores habían recibido solicitudes de vino sospechosas por parte de un jugador de otro equipo antes de la celebración de un partido en el que se jugaban la permanencia (solicitud con doble significado), comunicó al entrenador del equipo del jugador oferente mediante dos conversaciones telefónicas, que posteriormente se hicieron públicas en medios de difusión nacional, que había rumores de que dicho jugador se había vendido en dos partidos decisivos para el equipo. El jugador demandó al entrenador del equipo contrario

interesando una indemnización de daños y perjuicios por haber vulnerado su honor. Por el contrario, el demandado interesaba la desestimación de la demanda por entender que sus manifestaciones se realizaron en el ejercicio legítimo de su libertad de expresión y libertad de información.

Por su parte, el Tribunal Supremo partió recordando los elementos a tomar en consideración para proceder a la ponderación de los derechos al honor y a la libertad de expresión e información, a saber, que la información comunicada o la valoración subjetiva, la crítica u opinión divulgada, vengan referidas a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; proporcionalidad, es decir, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y, por último, veracidad, como requisito legitimador de la libertad de información.

Pues bien, en criterio del Alto Tribunal la actuación del demandado no sobrepasó los límites de la libertad de expresión y libertad de información ya que el asunto era de interés general, por referirse a un supuesto amaño de partidos en la liga de fútbol de segunda división; los hechos tenían un suficiente soporte fáctico (veracidad), de suerte que no se trataba de un mero rumor, sino que los jugadores de su equipo ratifican la petición de vino, lo que no desmiente el actor y puede provocar la interpretación comunicada; el demandado no utilizó expresiones peyorativas e insistía en que no sabía con seguridad que se hubiera vendido; y tampoco fue el demandado quien dio transcendencia pública a los hechos. (A. A. O.)

7. Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.—A la hora de resolver el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor no resulta relevante valorar el requisito de la veracidad, pues éste sólo resulta aplicable a la hora de resolver las tensiones entre la libertad de información y el derecho al honor. Los juicios de valor no pueden ser correctos o incorrectos, verdaderos o falsos. Ahora bien, para que unas expresiones puedan estar amparadas por la libertad de expresión, los elementos a valorar son: a) que el asunto sobre el que versan tenga relevancia pública (por la trascendencia de la materia que constituye su objeto o porque las personas involucradas puedan ser consideradas personajes públicos); b) que no se empleen expresiones insultantes desconectadas con el mensaje que se requiere transmitir a esa cuestión de interés general. Dándose estos dos elementos, el empleo de expresiones críticas estaría justificado, aunque sean acerbos y aunque puedan resultar molestas, hirientes y desagradables para quien las recibe. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no habría sociedad democrática. Cuando las críticas van dirigidas a una persona que ocupa un cargo público y que participa en un debate público, es posible recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación, esto es, ser un poco inmoderado en sus expresiones. En estos casos, la libertad de expresión es plenamente aplicable cuando tales expresiones proceden

de un profesional de la información. (STS de 15 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La demandante (A) es miembro del partido político PD y diputada en el Congreso. Con ocasión de una sesión parlamentaria, donde se debatía una moción de censura presentada por el grupo parlamentario de la demandante, el demandado, periodista de profesión, realizó, a través de un programa de radio, una serie de comentarios que tuvieron por objeto la actuación de la actora. A interpuso una demanda de protección del derecho al honor contra el periodista, por las manifestaciones referidas a ella. Solicitó la declaración de la intromisión ilegítima en su honor, el cese en esa intromisión, la retirada de los comentarios de la web, hemeroteca y fonoteca del programa de radio, y el pago de una indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, al considerar que las declaraciones realizadas por el demandado constituían una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Entendió el juez que las expresiones utilizadas dibujaron una imagen de ella de ignorante y analfabeta. El periodista apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia, considerando que los apelativos referidos a la actora estaban amparados por la libertad de expresión. Explicó que las manifestaciones cuestionadas se emitieron en un contexto de crítica política y fueron dirigidas a un personaje público que ejerce funciones públicas.

La demandante interpuso un recurso de casación, alegando la infracción del artículo 18.1 CE. A su juicio, no se trata de una crítica a una intervención parlamentaria o a una actuación política, sino de un ataque sistemático y gratuito. Según el Tribunal Supremo, en las expresiones cuestionadas se están emitiendo juicios de valor u opiniones. En este caso, las expresiones utilizadas iban dirigidas a un personaje público y, además, se referían a una cuestión de gran interés general. A su juicio, la puesta en duda de los méritos de la demandante para ocupar los cargos que ocupa y la vinculación de su carrera política con su relación sentimental con el líder de su partido, por más hiriente que pueda resultar a la demandante y por más descarnados que sean los términos utilizados, está amparada por la libertad de expresión. Continúa el Tribunal Supremo señalando que también está amparado por la libertad de expresión del periodista demandado: 1) el uso de apelativos sarcásticos para referirse a la demandante, jugando con el nombre de su pareja y líder de su partido político; 2) el empleo de calificativos relacionados con la agresividad que, en opinión del demandado, caracterizó la intervención parlamentaria de la actora que era objeto de comentario o anteriores actuaciones, por más que se incurra en el uso de términos vulgares e hirientes.

NOTA.—Sobre la posibilidad de que insultos estén amparados por la libertad de expresión cuando únicamente tengan un contenido afrentoso, *vid.* la STS de 11 de octubre de 2017. En cuanto al uso de críticas ácidas e hirientes, *vid.* la STEDH de 19 de julio de 2011 y las SSTS 338/2018, 620/2018 y 429/2019. (S. L. M.)

8. Requisitos para la preeminencia de la libertad de información sobre el derecho al honor.—La preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de información solo puede mantenerse en el caso concreto si concurren tres requisitos: que la información comunicada venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública, que la información sea veraz y que su comunicación sea proporcional. En el caso enjuiciado, la controversia se reduce a comprobar si el tribunal sentenciador apreció correctamente la falta de veracidad de la información. Por veracidad ha de entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información con el transcurso del tiempo pueda ser desmentida o no resultar confirmada, faltando esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones. En este caso, lo verdaderamente determinante para descartar que se tratase de una actuación amparada por la libertad de información es que se insistió en dar por ciertos unos hechos que con una diligencia media los demandados podían haber constatado que no lo eran. No tenía amparo en la libertad de información, por su falta de veracidad, que se imputara abiertamente al demandante el haberse asignado una retribución, como si respondiera a una decisión unilateral, porque la decisión se tomó por la junta de accionistas de la sociedad en un acuerdo que fue posteriormente anulado, a pesar de que los demandados conocían el devenir de los acontecimientos, al haber realizado un seguimiento informativo, y de que, dado el tiempo transcurrido (casi tres años) entre la fecha del acuerdo societario aprobando la referida retribución extraordinaria y la fecha del artículo enjuiciado, era evidente que los demandados sabían, o tendrían que haber sabido si hubieran desplegado la mínima diligencia exigible al informador, qué era lo que había sucedido con dicho acuerdo. Además, la omisión de esos datos afectó a la esencia de lo informado, pues se trató de omisiones de notoria importancia para la comprensión del mensaje transmitido acerca del comportamiento del demandante. En consecuencia, el propósito de los demandados fue desacreditar al demandante mediante una omisión de datos esenciales que desvirtuaban en gran medida aquello de lo que tan tardíamente se informaba. **(STS de 20 de mayo de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Severino interpuso una demanda contra un periódico digital y un periodista, solicitando que se declare vulnerado su derecho al honor por un artículo publicado en dicho periódico. Además, solicitaba una indemnización de 200.000 euros, la cesación en la intromisión ilegítima y la publicación íntegra, a costa del demandado, de la sentencia de condena, en la forma solicitada. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, aunque acordando una indemnización de 20.000 euros y limitando la publicación de la sentencia al fallo. Contra dicha resolución interpusieron los demandados recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia. La sentencia de la Audiencia es recurrida en casación por los demandados. El Tribunal Supremo desestima el recurso. *(J. M.^a M. F.)*

9. Derecho fundamental al honor de personas jurídicas: intromisión ilegítima por imputación de hechos antijurídicos graves sin prueba alguna, que no resultan amparados en las libertades de expresión e información.—La firma de un documento en el que se imputan hechos a un tercero supone la asunción de las manifestaciones que contiene, sin que importe su concreto autor, cuando las partes lo hacen propio y expresan la voluntad de difundirlo, por lo que encaja en la atribución o expresión a la que se refiere el artículo 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No existe un derecho fundamental absoluto que, en caso de colisión, siempre deba prevalecer sobre cualquier otro en conflicto al margen de las circunstancias concurrentes, por lo que los tribunales han de realizar un juicio motivado de ponderación para determinar cuál de ellos ha de prevalecer (STS 139/2021, de 11 de marzo), mediante el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno resulte afectado, con el fin de determinar la preferencia de uno u otro (STS 811/2013, de 12 de diciembre). Las libertades de expresión e información tienen sus límites especialmente en el derecho al honor (art. 20.4 CE). La libertad de expresión tiene un ámbito de acción más amplio que la libertad de información, al no comprender como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 138/2007, de 4 de junio) que, por su propia naturaleza, no se prestan a una exigencia de prueba de su verdad o diligencia en su averiguación, que sí condiciona el ejercicio de la segunda libertad (SSTC 181/2006, de 19 de junio; 56/2008, de 14 de abril; 79/2014, de 28 de mayo; 38/2017, de 24 de abril, y 24/2019, de 25 de febrero). La libertad de expresión ampara manifestaciones de pensamientos, ideas y opiniones de forma crítica, agria, incluso desabrida, sobre hechos de interés general y de trascendencia social, pero no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado; pues de ser así debe prevalecer la protección del derecho al honor (SSTS 685/2017, de 19 de diciembre; 481/2019, de 20 de septiembre; 6/2020, de 27 de enero, y 276/2020, de 10 de junio). Cuando se imputa la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y las valoraciones aparecen indisolublemente unidas, por lo que ni siquiera la opinión crítica justifica la atribución al criticado de hechos no veraces, que objetivamente considerados, ofendan gravemente su honor (STS 252/2019, de 7 de mayo). Por ello, no cabe imputarle a una asociación hechos tan graves como una defensa del nazismo sin aportar prueba alguna. Para que prevalezca la libertad de información sobre el derecho al honor es necesario valorar tres requisitos: que la información venga referida a un asunto de interés general, que exista proporcionalidad, es decir, que no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias y, por último, que la información sea veraz (SSTS 252/2019, de 7 de mayo y 26/2021, de 25 de enero).

Proporcionalidad del *quantum* indemnizatorio y de la publicación de la sentencia.—Para la cuantificación del daño moral ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 12/2014, de 22 de enero, y 674/2020, de 14 de diciembre, entre otras). Esta cuantificación es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión ha de respetarse en casación, salvo que no se hubiera atendido a los criterios legales establecidos por el artículo 9.3 LO 1/1982, o en caso de error manifiesto, arbitrariedad o notoria desproporción (SSTS 696/2015, de diciembre; 261/2017, de 26 de abril, y 684/2020, de 15 de diciembre, entre otras). La difusión de la sentencia es

una medida idónea para restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de su derecho, pues sirve para exponer a la opinión pública la tutela judicial que la ley concede frente a la intromisión ilegítima; y corresponde al órgano judicial valorar si tal medida es proporcionada al daño causado. (**STS de 6 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Varias entidades catalanas y personas físicas, algunos parlamentarios europeos, suscribieron y dieron publicidad a un manifiesto titulado «La societat civil de Catalunya, per la dignitat» en el que imputaron, sin prueba alguna, a Societat Civil Catalana, Associació Cívica i Cultural (en adelante, SCC) la defensa de ideas totalitarias, que la harían indigna del premio Ciudadano Europeo 2014 concedido por el Parlamento Europeo. SCC presentó demanda de protección de su derecho fundamental al honor frente a los firmantes de tal manifiesto, quienes contestaron que no existía vulneración del citado derecho, sino ejercicio legítimo de la libertad de expresión e información, que debían prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. El Juzgado de Primera Instancia, tras abstenerse de conocer de la demanda en relación con los miembros del Parlamento Europeo, condenó al resto de demandados a cesar y abstenerse en el futuro de las actuaciones descritas o similares, a publicar a su costa el encabezamiento y fallo de la sentencia, una vez adquiriera firmeza, en el diario La Vanguardia, y a abonar solidariamente a la actora, en concepto de indemnización, la cantidad de 15.000.—€. El recurso de apelación fue desestimado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*F. S. N.*)

10. Libertad de información vs. derecho al honor.—Para que prevalezca la libertad de información sobre el derecho al honor, es necesario que la difusión del hecho se haya producido observando el requisito de la veracidad. Para ello, habrá que determinar si el informador ha desarrollado una razonable diligencia para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, incluso aunque después la información no resulte confirmada o llegue a desmentirse. La exigencia de diligencia es mayor cuando la noticia que se divulga puede suponer, por su propio contenido, un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere la información.

Por otro lado, para que un reportaje pueda considerarse neutral, deben cumplirse las siguientes condiciones: a) que el objeto de la noticia esté constituido por declaraciones que imputen hechos lesivos del honor, pero que sean por sí mismos y como tales, declaraciones, noticia, poniéndose en boca de personas determinadas responsables de ellas; b) que el medio informativo sea un mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. No habrá reportaje neutral: 1) si el medio reelabora la noticia; 2) cuando es el medio el que provoca la noticia (periodismo de investigación).

En lo que respecta a la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, está comprendida dentro del ámbito preservado por el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. Se trata de una información íntima y espe-

cialmente sensible. Ahora bien, la tutela de la intimidad se debilita cuando sus titulares son personas públicas o con notoriedad pública, estando obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones sobre cuestiones de interés general. Mientras que un particular desconocido para el público puede aspirar a una protección especial de su derecho a la vida privada, no sucede lo mismo con las personas públicas.

Libertad de información vs. derecho a la imagen.—Debe calificarse como intromisión en el derecho a la propia imagen la difusión en un medio de comunicación de la fotografía que una persona haya subido a su perfil de una red social. Tal uso personal de la imagen lo lleva a cabo el titular del derecho con los terceros, permitiéndoles el acceso al contenido de esa red social, pero no conlleva, como consecuencia natural, la autorización para que un medio de comunicación reproduzca esos contenidos. La publicación de una fotografía por parte de una persona en su red social no constituye el consentimiento expreso a que se refiere el artículo 2.2 LO 1/1982, excluyente de la ilicitud.

Revisión de la indemnización.—La fijación de la indemnización es una cuestión que compete a los tribunales de instancia. Su revisión en casación es excepcional, pues únicamente es posible cuando no se hayan respetado los criterios legales o en casos de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción. A la hora de determinar, el Tribunal Supremo ha señalado: 1) el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para cuantificarla, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso; 2) no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico; 3) se trata de una valoración estimativa, que, en el caso de daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental del artículo 18.1 CE, ha de atender a los parámetros previstos en el artículo 9.3 LO 1/1982, utilizando criterios de prudente arbitrio. (**STS de 17 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmá. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Un grupo de hermanos ejercitan una acción por intromisión en el honor de su padre fallecido por el reportaje elaborado por un periodista y publicado en la web de un medio de comunicación y en el que se recogían las manifestaciones de uno de los hermanos acerca de que el fallecido había forzado a su madre, a consecuencia de lo cual nació dicho hijo. Los mismos demandantes también ejercitan acción por intromisión en la intimidad del padre contra el periodista y el medio por informar de que la causa de fallecimiento del padre fue cáncer de próstata. E, una de las hijas demandantes, ejercita además una acción por intromisión en su intimidad y derecho a la propia imagen contra el periodista y contra el medio por la publicación, junto a la anterior información, de una foto suya, obtenida de su perfil de Twitter, indicando su profesión y el medio de comunicación para el que trabaja.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Condenó al periodista y al medio: a) por vulneración en la intimidad del padre por divulgar la causa de su fallecimiento; b) por intromisión en el honor del padre por lo que se refiere a la información relativa a la relación sexual forzada con la madre; c) por intro-

misión en la imagen e intimidad de la hija cuya imagen y datos laborales se publicaron. La Audiencia desestimó los recursos de apelación interpuestos por los demandados y confirmó la sentencia de primera instancia.

El periodista y el medio interpusieron recurso de casación. Alegan, en primer lugar, la infracción de los artículos 20.1.d) y 18 CE y de los artículos 2.1 y 7.7 LO 1/1982, en cuanto al juicio de ponderación entre el libre ejercicio de la libertad de información y el derecho al honor. Este primer motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. A su juicio, no concurre interés general en el artículo publicado, pues versa sobre la eventual paternidad de una persona fallecida hace diecisiete años y cuya relevancia social se encontraba ya prácticamente extinguida al tiempo de la publicación. Por lo respecta al cumplimiento del requisito de la veracidad de la información, entiende el Tribunal Supremo que el nivel de diligencia exigible por parte de los recurrentes debía haber alcanzado su máxima intensidad, ya que la noticia que se iba a divulgar suponía un descrédito en la consideración de la persona a la que se refería. En cuanto a la neutralidad de la información publicada, se considera que ni el periodista ni el medio de comunicación transcribieron de forma aséptica lo declarado por la entrevistada. Tanto por el contenido como por el uso de la tipografía en negrita, otorgaron una relevancia singular a la referencia al forzamiento sexual, resaltando un dato carente de interés general con el único fin de alimentar la morbosidad. En segundo lugar, alegan los recurrentes la infracción de los artículos 20.1.d) y 18 CE, y los artículos 7.3 y 7.7 LO 1/1982, en cuanto al juicio de ponderación entre el libre ejercicio del derecho a la libertad de información y el derecho a la intimidad. El Tribunal Supremo también desestima este motivo, pues entiende que se ha ponderado de manera correcta el conflicto entre ambos derechos. Añade que la identificación de dicha enfermedad como causa del fallecimiento no resultaba necesaria. Por lo que respecta a la vulneración del derecho a la intimidad de E, sostienen los recurrentes que su trayectoria profesional había sido publicada por ella misma en redes sociales y plataformas. El Tribunal Supremo también desestima esta pretensión. Apunta que E no era un personaje público cuya vida personal tuviera un interés general. Todo lo anterior hace que el Tribunal Supremo desestime el recurso de casación interpuesto por el medio de comunicación y el periodista, confirmando la cuantía de la indemnización concedida en las instancias anteriores.

NOTA.—Sobre la ponderación sobre si una información tiene relevancia pública o interés general, *vid.* la STC 68/2008 y las SSTs de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009. En cuanto al significado de veracidad, *vid.* las SSTC 139/2007 y 29/2009. Por lo que se refiere al reportaje neutral, *vid.* las SSTC 41/1994, 6/1996, 52/1996 y 190/1996, 144/1998. El conflicto entre libertad de información e intromisión en la intimidad, en lo que tiene que ver con información relativa a la salud de una persona, ha sido objeto de la STS de 20 de julio de 2018 y de las SSTC 159/2009 y 70/2009. En estos casos, el Tribunal Supremo tiene una rica jurisprudencia sobre la

fijación de la indemnización, en lo que tiene que ver con: a) su determinación por los tribunales de instancia (SSTS de 26 de abril de 2017, 21 de junio y 19 de diciembre de 2018); b) la valoración de las circunstancias del caso concreto para fijar el daño moral y la presunción de su existencia (SSTS de 19 de diciembre de 2018 y 18 de enero de 2019); c) la prohibición de conceder indemnizaciones de carácter meramente simbólico (STS de 19 de diciembre de 2018). (S. L. M.)

11. Derecho a la propia imagen. Tutela civil. Colisión con el derecho a la información. Prevalencia del interés público. Doctrina jurisprudencial.—El interés de una persona por evitar la difusión de su imagen solo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión. La doctrina jurisprudencial (por todas, STS 691/2019, de 18 de diciembre), viene declarando que la concurrencia de un interés público prevalente en la opinión o información comunicadas (interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, que en el caso de la proyección pública de las personas afectadas por la información se reconoce por razones diversas como la actividad política, la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica o la relación social, entre otras circunstancias), es presupuesto común para no revertir en el caso concreto la prevalencia de la que gozan en abstracto las libertades de expresión e información frente a los derechos de la personalidad del artículo 18.1 CE. Otro presupuesto común para que el ejercicio de ambas libertades fundamentales pueda legitimar la intromisión es la proporcionalidad en la comunicación de las opiniones o noticias, pues ni la libertad de información ni la de expresión amparan la vejación o el insulto (STS 384/2020, de 1 de julio).

Veracidad. Irrelevancia cuando se refiere a la imagen utilizada, salvo manipulación.—En cuanto al requisito de la veracidad, solo es exigible cuando se trata del ejercicio de la libertad de información. La jurisprudencia puntualiza que cuando resulta afectada la imagen su relevancia es mínima o de menor trascendencia (SSTS 518/2012, y 471/2011), pues la veracidad es inmanente a la imagen divulgada salvo que se pruebe que ha sido manipulada (STS 446/2017, con cita de las SSTS 625/2012, de 24 de julio, 547/2011, de 20 de julio y 92/2011, de 25 de febrero).

El derecho a la propia imagen no comprende una facultad incondicionada de permanecer en el anonimato.—La publicación de una fotografía supone una intromisión en el derecho a la privacidad de la persona, pues muestra al público sus rasgos, haciéndola identificable. Pero, al mismo tiempo, no puede deducirse del artículo 18 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato (STC 139/2001, de 19 de junio)

Prevalencia del interés público de la información a la que se vincula el uso inconsciente de la imagen de una persona.—La protección del derecho a la imagen cede en aquellos casos en los que la publicación de la imagen, por sí misma, o en relación con la información escrita a la que acompaña, posea interés público, es decir, contribuya a la formación de la opinión pública. El derecho a la imagen deberá sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin su consentimiento, se capta, reproduce o publica un documento gráfico en el que la persona aparezca —de manera no accesoria— en relación

con un acontecimiento público que posea el rasgo de noticiable, especialmente si es en el ámbito por el que es conocida la persona (STC 27/2020, de 24 de febrero y STS 217/2020, de 1 de junio). (STs de 4 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El actor, consejero delegado de uno de los grupos de comunicación audiovisual más importantes de los que operan en España, demandó a la empresa editorial propietaria del diario E., solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen, y se le condenara a abonar la cantidad de 50.000€ en concepto de daños morales. Entendía que el uso reiterado, y casi incesante, de la imagen personal del demandante, que se había llevado a cabo siempre sin su consentimiento, constituía la denunciada intromisión ilegítima. Además, su imagen se había ligado mayoritariamente a informaciones excesivamente críticas y generalmente tergiversadas. Atribuyendo la animadversión con que se utilizaba su imagen al fracaso de una operación comercial común que habían acometido ambas empresas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda, al considerar que, aunque la publicación había actuado sin el consentimiento del titular de la imagen, concurría la excepción del artículo 8.2 LO 1/1982, dada la evidente notoriedad pública del individuo y porque las imágenes fueron captadas en lugares o actos públicos, de manera similar a como hacían otras publicaciones, sin que existiera abuso o desproporción ya que las imágenes utilizadas siempre estuvieron vinculadas con informaciones referentes a la trayectoria y actividad de la empresa dirigida por el actor. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

12. Derecho de rectificación. Contenido. Objeto. Alcance. Posibilidad de excluir de la publicación de la rectificación las manifestaciones o expresiones que representen opiniones o juicios de valor. La rectificación puede recoger hechos que no sean objeto de información pero que están estrechamente vinculados con estos. Doctrina jurisprudencial.—El derecho de rectificación se encuentra directamente relacionado con la tutela del honor y, especialmente, con la tutela de la libertad de información. Su objeto son los hechos (no las opiniones) que, afectando al demandante, este considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle un perjuicio. La función de control jurídico del derecho de rectificación por parte del órgano judicial permite, superando la tesis del «todo o la nada», que se pueda acordar la publicación parcial del escrito de rectificación, excluyendo las opiniones o juicios de valor, es decir, aquella parte que no se limite a los hechos. Será el resultado del juicio de ponderación lo que determine la procedencia o no de reducir el escrito de rectificación (SSTS 376/2017, de 17 de junio; 80/2018, de 14 de febrero; 594/2019, de 7 de noviembre; 360/2020, de 24 de junio). Del mismo modo, en la rectificación se pueden comprender no solo los hechos objeto de información sino también aquellos otros que, por su estrecha relación con los que fueran objeto de la información, contribuyan a reforzar su negación (STS 570/2017, de 20 de octubre).

Derecho de rectificación: para su ejercicio no es necesario acreditar la falta de veracidad de la información rectificadora. Doctrina constitucional.—Según la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 168/1986, de 22 de diciembre; y 99/2011, de 20 de junio), para que proceda la rectificación no es preciso que se demuestre la inveracidad de la información publicada. La publicación de la rectificación no supone que el medio informativo deba declarar que la información que publicó era incierta ni modificar su contenido. La simple inserción de una versión de los hechos distinta y contradictoria ni siquiera limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso, aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o avalen. La imposición de la inserción de la rectificación no implica la exactitud de su contenido, pues la decisión judicial que ordena dicha inserción no puede acreditar, por la propia naturaleza del derecho ejercitado y los límites procesales en que se desenvuelve la acción de rectificación, la veracidad de aquélla. La procedencia de la rectificación no otorga ninguna carta de autenticidad a la versión ofrecida por quien ejercita el derecho. (**STS de 4 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los actores presentaron demanda en ejercicio del derecho de rectificación, solicitando se declarase la inexactitud de la información publicada por el diario digital propiedad del demandado. Asimismo, se pedía que se publicara el escrito íntegro de rectificación que los demandantes habían hecho llegar a la publicación, en ejercicio de este derecho, así como la retirada de la noticia de la web donde se encontraba. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al diario a la publicación íntegra del escrito de rectificación con los anexos que le acompañaban, ya que el diario había publicado la rectificación recibida, pero modificando ciertos pasajes, eliminado algunas partes del escrito y presentándolo como una noticia propia. Además, no había publicado los documentos anexos que acompañaban al escrito de rectificación. Desestimó, sin embargo, el resto de las peticiones por entender que el procedimiento entablado no era el adecuado para decidir tales pretensiones. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación del demandado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de apelación promovido por el apelante. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Adquisición de productos financieros: Cómputo del plazo de la acción de nulidad por error vicio.—La Sala Primera reitera su jurisprudencia, según la cual ante productos financieros complejos —como los Valores Santander— el contrato no puede entenderse consumado en el momento de la adquisición a efectos de caducidad de la acción de nulidad, sino que la caducidad se produce en la fecha de conversión obligatoria de los Valores Santander, pues en ese momento se materializa el riesgo de la inversión.

Adquisición de productos financieros: determinación de la existencia de error vicio.—Se debe descartar la existencia de error vicio en la adquisición

del producto Valores Santander, si el cliente era consciente de que las acciones recibidas tras el canje podían no tener un valor de mercado equivalente a la inversión realizada y que su valoración bursátil podía terminar siendo inferior o muy inferior al capital invertido; todo ello, aunque pudiera existir una información incompleta en la información suministrada por la entidad al cliente.

Adquisición de productos financieros: indemnización por incumplimiento contractual.—La Sala Primera indica que, si el cliente tuvo pleno conocimiento de las características y los riesgos financieros que acompañaban al producto, no ha lugar a una acción indemnizatoria por incumplimiento (contractual) de la obligación del banco de informar acerca de tales características y tales riesgos. (**STS de 25 de mayo de 2021**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 4 de octubre de 2007 Keodes S. L. suscribió con Banco Santander S. A. una orden de adquisición de 150 títulos denominados Valores Santander —es decir, obligaciones necesariamente convertibles en acciones—, por importe total de 750.000 €. La adquisición fue financiada por el mismo banco, que concedió un préstamo de 750.000 €, al 4% de interés. Con anterioridad, el administrador de Keodes, que era un inversor de riesgo, había invertido en numerosos fondos de inversión y en productos financieros derivados. El producto financiero Valores Santander se enmarcaba en la oferta pública de adquisición sobre el ABN Amro formulada por Banco Santander y otras entidades. Los Valores Santander servían, en efecto, a la financiación de la adquisición. Por eso, el resultado de la operación para el cliente podía variar. Si no se llegaba a adquirir ABN Amro, el producto se amortizaría el 4 de octubre de 2008, con reembolso del valor nominal y una remuneración del 7,30 % nominal anual (7,50 % TAE).

Pero, si se llegaba a adquirir ABN Amro —y esto fue lo que realmente ocurrió—, los valores serían obligatoriamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias del Banco Santander S. A., de nueva emisión. En tal caso, no habría reembolso del nominal en efectivo. En este segundo supuesto, el canje obligatorio se preveía para el 4 de octubre de 2012. No obstante, el inversor podría optar por un canje voluntario los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011. Para la conversión, la acción del Banco Santander se valoraría el 116 % de su cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento. Finalmente, el producto preveía que los valores tendrían un rendimiento nominal anual del 7,30 % hasta el 4 de octubre de 2008 y del Euribor + 2,75 % desde entonces. La entidad financiera entregó al inversor un tríptico explicativo de las características de la inversión e informó al cliente que, tras el periodo de conversión voluntaria, los títulos se convertirían en acciones del Banco Santander.

Al culminarse la adquisición del ABN Amro, el 17 de octubre de 2007, Banco Santander emitió las obligaciones necesariamente convertibles —los Valores Santander—, con un precio de referencia de 16,04 € por acción, resultante de aplicar un 116% a la media aritmética de las acciones del mismo Banco en los cinco días hábiles bursátiles anteriores. El problema radicó en que, al momento de

la conversión obligatoria de los Valores Santander en acciones, el precio en Bolsa de la acción del Banco Santander había caído (4 de octubre de 2012) y se situaba en 5,8667 € por acción. Como consecuencia, los inversores experimentaron una pérdida patrimonial. Este contexto llevó a Keodes SL a formular, el 30 de junio de 2016, demanda contra Bando Santander en la que interesaba (i) la nulidad, por error vicio, del contrato de adquisición de los Valores Santander y del contrato de canje, con la consiguiente restitución de prestaciones; y (ii) subsidiariamente la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de nulidad por caducidad, al tiempo que descartó la existencia de un incumplimiento contractual. La Audiencia Provincial desestimó igualmente el recurso y confirmó la sentencia de instancia, descartando en su razonamiento la existencia de error vicio, en cualquier caso. Frente a esta sentencia, Keodes interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

14. Validez de la cláusula que fija la fórmula matemática 360/360 para el cálculo del interés remuneratorio.—La fórmula matemática para el cálculo de los intereses remuneratorios se hace mediante una fracción en la que la duración del año debe constar tanto en el numerador como en el denominador. Bajo esa premisa, son varias las modalidades de cálculo utilizadas en España, en función del número de días que se haga constar en el numerador y en el denominador. Lo determinante, a efectos del equilibrio de las prestaciones y la reciprocidad del contrato, es que se utilice la misma duración del año para el tiempo transcurrido y para la base de cálculo. De manera que la utilización del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el prestatario si se mantiene la misma duración respecto del cómputo del tiempo efectivamente transcurrido (360/360). E igual sucede si se mantiene el criterio del año natural (365 días) en ambas variables. Por el contrario, el perjuicio económico se produce cuando la entidad predisponente impone la base de los 360 días y, al mismo tiempo, mantiene el año natural (365 días) para el cómputo de los días transcurridos (365/360), lo que, durante la vigencia del préstamo, produce inexorablemente un incremento de los intereses en favor del prestamista, porque por simple cálculo aritmético el método 365/360 eleva el tipo de interés en un 1,39% en un año normal y en un 1,67% en un año bisiesto. En la cláusula definitoria del cálculo del interés enjuiciada, se aprecia que el plazo de 360 días figura en ambos lados de la fórmula. De la mera lectura de la escritura pública se desprende que la fórmula de cálculo era 360/360 y no 365/360 como parece mantenerse en la demanda y en el recurso. Por lo que no cabe considerar que la cláusula cuestionada, aunque no se adapte estrictamente a las recomendaciones sobre formulación de la TAE, no fuera transparente, más allá de las dificultades de comprensibilidad intrínseca que puede tener cualquier fórmula matemático-financiera para una persona no experta. Pero es que, aunque considerásemos que la cláusula método 360/360 no se ajuste estrictamente a la normativa que prevé que el cálculo se haga mediante el método 365/365, no produce ningún desequilibrio en perjuicio del consumidor ni, en consecuencia, puede achacarse mala fe a la entidad predisponente al utilizarlo. El método de cálculo no beneficia sistemáticamente al banco, ni supone que se incremente el importe

de los intereses remuneratorios Por lo que, siendo esa la fórmula de cálculo establecida en el contrato litigioso no cabe considerar que resulte abusiva, en los términos del artículo 82 TRLGCU. Tampoco cabría considerar que la cláusula es abusiva por estar incluida en la lista negra de los artículos 85 a 90 TRLGCU (en este caso, por falta de reciprocidad, *ex art.* 87), porque el método 360/360 no incurre en esa falta de correspondencia entre las situaciones de ambas partes. (**STS de 25 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Dos personas físicas suscribieron un contrato de préstamo hipotecario con una entidad bancaria, entre cuyas cláusulas se incluía una que establecía la fórmula financiera para el cálculo de intereses del préstamo conforme al método 360/360. Los prestatarios formularon una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaban la nulidad por abusivas de diversas cláusulas del préstamo, entre ellas la aludida. Las sentencias de ambas instancias desestimaron la demanda. Los demandantes han formulado un recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

15. Contratos bancarios. Préstamo con derivado implícito. Ausencia de responsabilidad civil de la entidad de crédito.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara improcedente la indemnización de daños y perjuicios solicitada por una empresa prestataria por la contratación de un préstamo con derivado implícito para convertir el tipo de interés variable en fijo, pues la entidad de crédito cumplió con las obligaciones informativas preceptivas, así como porque la iniciativa al respecto partió del representante legal de dicha empresa y no de la entidad crediticia. (**STS de 11 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En 2008 una sociedad limitada concertó con BBVA una póliza de préstamo por importe de 775 000 euros, en la que se contenía un derivado implícito que afectaba a la determinación de los intereses. Tras la bajada de los tipos de interés a partir de 2009, la empresa demandó a BBVA ejercitando con carácter principal una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones del banco —entre ellas, la presumida obligación de efectuar el test de idoneidad—, con petición de condena a «la devolución de todas las cantidades percibidas y que se perciban hasta Sentencia por el derivado financiero, con los intereses legales de dichas cantidades desde cada una de las liquidaciones».

Con todo, el Alto Tribunal rechazó la existencia de incumplimientos por parte de la entidad de crédito que justificaran la pretendida indemnización. En concreto, constaban cumplidas las obligaciones informativas —información comparativa sobre las cuotas resultantes y coste de cancelación—, no existía contrato de asesoramiento por lo que no era preciso efectuar el test de idoneidad y, a mayores, el tipo de interés se convirtió en fijo a solicitud de la empresa prestataria. (*A. A. O.*)

16. Resolución de contrato de permuta por obra futura: aplicación de condición resolutoria expresa con cláusula penal por incumplimiento derivado de vicisitudes del planeamiento urbanístico.— Inexistencia de caso fortuito por previsibilidad del suceso.—El artículo 1255 CC permite a los contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al artículo 1124 CC tengan o no trascendencia resolutoria (STS 239/2010, de 30 de abril, citada por SSTs 637/2017, de 23 de noviembre, y 765/2010, de 23 de octubre). Resulta posible, en virtud de la autonomía de la voluntad, que la cesionaria de los terrenos objeto de permuta asuma el compromiso de entregar la obra futura independientemente de las vicisitudes del planeamiento urbanístico, por lo que debe soportar las consecuencias del riesgo libremente asumido. No existe caso fortuito ni cabe moderar la cláusula penal al ser previsibles para profesionales de la construcción las posibles dificultades del planeamiento urbanístico, y haber tenido la posibilidad de plasmarlas en el contrato, por lo que la cesionaria no puede repercutir en el cedente del solar la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento. Además, es contrario a la buena fe (art. 1258 CC) y viola el artículo 1105 CC, que un contratante pretenda aceptar los beneficios de la especulación derivada de un contrato y repercutir a la otra parte las pérdidas que se pudieran seguir de una situación de riesgo aceptado (STS 597/2012, de 8 de octubre, citada por la STS 5/2019, de 9 de enero). **(STS de 6 de mayo de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una mercantil, propietaria de unos terrenos transfirió su dominio a otra entidad, que se comprometió a costear su urbanización y a solicitar licencia de edificación en un determinado plazo desde la recepción municipal de la urbanización; así como a construir y entregar a la cedente, antes de un día fijado, unas edificaciones equivalentes al 25 % de la totalidad de la edificabilidad que se obtenga en las parcelas resultado del desarrollo del planeamiento urbanístico municipal. Concretamente, se pactó que «el incumplimiento por parte de la (cesionaria) de: no solicitar la licencia de obras en el plazo de tres meses desde la recepción provisional de las obras de urbanización..., o bien no entregar los elementos individuales... antes del día 14 de octubre de 2011, podrá dar lugar, a opción de la parte vendedora con el carácter de condición resolutoria a la resolución de pleno derecho del presente contrato... con independencia de la reclamación de sus daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, se establece como cláusula penal, el pago... de un total de 1.400.000 €...». La cesionaria no pudo cumplir con su obligación, pues se paralizó el planeamiento urbanístico, por lo que la cedente interesó la resolución del contrato y que se declarase ajustado a derecho el cobro de la cantidad que, en concepto de cláusula penal, había entregado la primera a través de aval bancario. La cesionaria se opuso a la resolución contractual, así como a la ejecución del aval, alegando la inexistencia de un incumplimiento imputable. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y condenó a la demandante cedente a devolver el importe de la cláusula penal, al considerar que no hubo un incumplimiento imputable a la cesionaria, pues la no aprobación de la urbanización convirtió el objeto del

contrato en imposible. La demandante presentó recurso de casación en el que alegó, entre otros motivos, infracción del artículo 1255 CC y del principio general *pacta sunt servanda* expresado en el artículo 1091 CC y su interpretación jurisprudencial, puesto en relación con las estipulaciones contractuales que contemplaban la condición resolutoria expresa y la cláusula penal, cuyo supuesto de hecho es la falta de entrega de la prestación comprometida por la cesionaria en la forma y plazo pactados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Para descartar el caso fortuito, el pronunciamiento se fundamenta en el carácter previsible de las dificultades del planeamiento urbanístico, sin imputar a la cesionaria la falta de su desarrollo, y realiza una interpretación de la cláusula extractada de acuerdo con la que cabría entender que la cesionaria se comprometió a entregar lo edificado independientemente de aquellas vicisitudes. Y por ser previsible y no haberse tomado la precaución de pactar la falta de responsabilidad por tales circunstancias, se entiende asumido libremente el riesgo. En este sentido, señala Díaz de Lezcano Sevillano, I., «El caso fortuito: doctrina y jurisprudencia», en *Estudios de Derecho de Contratos*, Dir. Morales Moreno, Coord. Blanco Martínez, I, Madrid, 2022, p. 274, que un suceso previsible para el deudor al momento de constituirse la obligación hace que éste haga suyos los riesgos de que tal suceso puedan derivarse. (F. S. N.)

17. Responsabilidad civil profesional del abogado. Pérdida de oportunidad. *Lex artis*.—El Tribunal Supremo hace una exposición sobre la relación existente entre los letrados y sus clientes que contratan sus servicios profesionales, señalando en última instancia que la responsabilidad civil profesional de aquellos es subjetiva o por culpa. También explica el Tribunal que, cuando la actuación del abogado determina la frustración de una acción judicial de carácter patrimonial, la determinación del daño no debe hacerse mediante una cantidad fijada de forma discrecional como daño moral; sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidad. Exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para la estimación de la acción frustrada, siendo necesario llevar a cabo un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción.

El Tribunal Supremo concluye que la actuación de la letrada en el caso concreto fue negligente. La demanda inicial se presentó dentro del plazo de caducidad establecido legalmente, pero bajo la invocación genérica «al juzgado», sin precisar que fuera repartido a los de familia, ni tampoco hacer referencia a tal competencia dentro de la fundamentación jurídica de la demanda presentada. La demanda fue repartida indebidamente al juzgado de primera instancia, que acordó oír a la demandante para que informase sobre la competencia del precitado juzgado, y la letrada no evacuó el trámite conferido. En ese momento, la letrada debía ser consciente de las graves consecuencias que se producirían, de cara a la caducidad de la acción, si el órgano jurisdiccional decretaba su falta de competencia objetiva. Pero, pese a ello y de forma poco comprensible, no llevó a cabo alegación alguna.

Una actuación procesal mínimamente diligente implicaría haber puesto en conocimiento del juzgado las graves consecuencias que originaría una

resolución de archivo del procedimiento por falta de competencia objetiva. Sin embargo, esperó a que se dictara el auto declarando la falta de competencia objetiva, no recurrió esta resolución, que adquirió firmeza, y se limitó a interponer una nueva demanda, habiendo transcurrido para entonces el plazo de caducidad. Así las cosas, solo cabe interpretar que, o bien desconocía la naturaleza del plazo, o bien no era consciente de las graves consecuencias generadas por la previa pasividad en la que había incurrido. A diferencia de lo que concluyó el tribunal de apelación, no puede considerarse que la única y decisiva causa del evento dañoso fue la remisión de la demanda por parte del decanato de los Juzgados de Barcelona a un juzgado de primera instancia. Tal defecto fue decisivamente favorecido por la falta de diligencia de la demandada que, ante una situación de tal clase, perfectamente corregible, no activó los mecanismos procesales con los que contaba su patrocinada, ni le reservó, en su caso, sus derechos para verse resarcida de un error de tal naturaleza; lejos de ello consintió y toleró tal situación. **(STS de 1 de junio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La controversia surge porque una abogada había dejado caducar una acción mediante la que reclamaba una pensión periódica y la compensación económica previstas en la normativa catalana sobre uniones estables de parejas. Su defendida, perjudicada por dicha caducidad, formula una demanda contra la letrada.

El juzgado estima parcialmente la demanda y concede una cantidad a la actora, aunque inferior a la pedida, valorando las posibilidades de que la acción caducada hubiera prosperado y, en su caso, en qué cuantía, mediante la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. La demandada interpone un recurso de apelación que es estimado, con el resultado de la desestimación de la acción de responsabilidad civil profesional. La demandante en primera instancia presentó sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia de apelación, y confirma la sentencia recaída en primera instancia. *(R. P. C.)*

18. Retracto legal de crédito litigiosos. Concepto de crédito litigioso.—Como declaramos en nuestra STS núm. 151/2020, de 5 de marzo, sistematizando la jurisprudencia previa sobre este artículo 1535 CC, debemos ratificar el concepto de crédito litigioso reconocido por la jurisprudencia desde la STS de 14 de febrero de 1903, pasando por las SSTS 690/1969, de 16 de diciembre; 976/2008, de 31 de octubre; 165/2015, de 1 de abril; y, 464/2019, de 13 de septiembre, que establece como «crédito litigioso» aquél que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible.

La posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la STS 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el artículo 1535 CC afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (*vid.* STS núm. 463/2019, de 11 de septiembre).

Requisitos que han de concurrir para el crédito sea calificado como litigioso.—La cualidad litigiosa del crédito requiere la concurrencia de un

doble requisito: uno temporal y otro material o de contenido. En cuanto al primero, la pendencia del procedimiento debe existir ya y no haber finalizado todavía en el momento en que se celebra el negocio jurídico de la cesión del crédito. Como dice la STS 464/2019, de 13 de septiembre, el artículo 1535 CC establece el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso (desde que se conteste a la demanda, o haya precluido el plazo de contestación, como se deduce de nuestra STS 976/2008, de 31 de octubre), pero no el final. Este término final lo situó la STS 690/1969, de 16 de diciembre, en la firmeza de la sentencia o resolución judicial, al declarar: una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter de «crédito litigioso», se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción.

Además, como señala la STS 149/1991, de 28 de enero, el crédito puesto en litigio no puede consistir en una relación jurídica obligacional ya agotada o consumida en el momento en que se ejercita la acción del artículo 1535 CC, y su cesión ha de tener lugar mediante una transmisión onerosa.

En cuanto al contenido u objeto de la acción judicial, debe tratarse de una acción de carácter declarativo cuya pretensión sea la declaración de la existencia y/o exigibilidad del crédito, en los términos señalados (STS 151/2020, de 5 de marzo).

Naturaleza jurídica del retracto del artículo 1535 CC.—La controversia sobre esta figura ha alcanzado también a su naturaleza jurídica, por lo que se discute si se trata de un verdadero retracto legal (art. 1521 CC), o bien una facultad atribuida *ex lege* al deudor para realizar un pago parcial de su deuda con plenos efectos liberatorios o, dicho de otro modo, una suerte de quita autorizada por la ley, esto es, un privilegio legal que permite al deudor extinguir la deuda no por el importe de lo adeudado, sino por el precio de la cesión (art. 1156 CC). Incluso calificado este derecho como retracto responde a una marcada finalidad extintiva, que se cumple porque al subrogarse en su virtud el deudor en la posición activa del crédito, este se extingue por confusión.

«La STS 976/2008, de 31 de octubre, ya señalaba esta facultad de extinguir el crédito litigioso, si bien es denominada por una parte de la doctrina como «retracto de crédito litigioso», y como retracto se le da tratamiento procesal en la práctica (*vid.* art. 266.2.º LEC), aunque propiamente no lo es porque no hay subrogación.

Analogía con los retractos legales.—Si bien, en sentido estricto, el derecho de extinción del crédito litigioso cedido que concede al deudor el artículo 1535 CC no es propiamente un derecho de retracto, porque no hay subrogación en la titularidad del crédito, sino extinción por pago, sí presenta con la figura del retracto indudables analogías y similitudes funcionales en cuanto: (i) a la limitación que suponen sobre la libre disposición del titular del derecho, (ii) la subsunción del «retrayente» en las condiciones pactadas por dicho titular o cedente con el cesionario del crédito o derecho cedido y (iii) el perentorio plazo de su ejercicio (art. 1.524 CC). Además, del régimen legal

procesal destinado a garantizar el cobro del precio por parte del cesionario, mediante el régimen de la caución que fija el artículo 266.2.º LEC.

Aplicación de la jurisprudencia sobre la caducidad del plazo de los retractos legales de colindantes, comuneros y arrendaticios al supuesto recogido en el artículo 1535 CC.—Entre estas analogías y similitudes funcionales se incluye, por tanto, la común regulación del plazo de ejercicio del derecho, que tanto el artículo 1535 CC, como el artículo 1524 CC, establecen en nueve días, permite que para la resolución del presente caso traigamos a colación la jurisprudencia civil sobre el artículo 1524 CC en relación con el régimen de caducidad de dicho plazo, y la admisibilidad o no del ejercicio del derecho en vía extrajudicial, extremos sobre los que este tribunal se ha pronunciado en el ámbito de los retractos legales de colindantes, comuneros y arrendaticio.

Doctrina jurisprudencial sobre la caducidad del plazo de ejercicio de los retractos legales.—En relación con el retracto legal regulado en los artículos 1521 y ss. CC, y en particular en cuanto al plazo de nueve días que establece el artículo 1524 CC para su ejercicio, la jurisprudencia civil ha declarado: (i) que aquel plazo tiene la naturaleza propia de la caducidad, por lo que no admite interrupción alguna, al ser obligado presentar la demanda y hacer la consignación dentro del citado plazo, aunque esos trámites no se efectúen al mismo tiempo, sin que la demanda de retracto, o la consignación, efectuada ante Juez que carece de jurisdicción para el conocimiento del proceso pueda surtir efecto y sin que, por razones de seguridad jurídica, quepan interpretaciones extensivas al respeto, al ser los retractos legales una limitación a las facultades de libre disposición del propietario (SSTS de 4 de mayo de 1956, 8 de junio de 1979, y 30 de septiembre de 1992, entre otras); (ii) si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado extrajudicialmente por el retrayente dentro del plazo, aquél derecho puede considerarse ejercitado y consumado, naciendo para el segundo acción para exigir el cumplimiento de lo convenido, que es distinta de la acción de retracto. Pero si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las condiciones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, no cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, ni, en tal supuesto, la acción correspondiente del retrayente esté exenta del plazo de caducidad legalmente establecido, pues no cabe hacer una disociación entre ejercicio del derecho y la acción de retracto, a los efectos de que el plazo de caducidad legal afecte al primero pero no a la segunda, tesis que hemos rechazado expresamente (SSTS de 12 de febrero de 1981, 20 de julio de 1993, y 17 de junio de 1997).

En definitiva, el ejercicio de la acción de retracto legal está sujeto al cumplimiento de rigurosos requisitos acordes con la especial naturaleza de la institución que, supone una excepción al principio general de libertad de contratación, pues afecta al derecho inicial que ha de reconocerse a todo vendedor para elegir el comprador a quien desea transmitir la propiedad del bien o derecho de que se trate. Entre estos requisitos exigidos al retrayente figura el de carácter temporal (arts. 1524 y 1535 CC). Se exige el ejercicio de la acción dentro del perentorio plazo de caducidad establecido (nueve días), lo que no puede ser suplido por cualquier otra actividad del retrayente que, aunque pudiera parecer orientada al mantenimiento de su derecho, no suponga el efectivo ejercicio de la acción (STS 534/2006, de 29 de mayo). (**STS de 10 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Una entidad mercantil adquiere un crédito hipotecario que, en el momento de la cesión, era objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Posteriormente, la cesionaria se persona en el procedimiento judicial y, acompañando copia de la escritura de la cesión, comunica a los deudores cedidos que queda subrogada en la posición contractual de la cedente. Se da la circunstancia de que en la escritura de cesión se especificaba que el crédito se vendía como «dudoso» y «litigioso» y que, en consecuencia, el cedente no respondía de su existencia ni legitimidad, ni de la solvencia del deudor. Por otro lado, durante la tramitación del procedimiento ejecutivo, antes de llevarse a cabo la cesión, los demandados se habían opuesto a la ejecución alegando la existencia de prejudicialidad penal y la nulidad de ciertas estipulaciones por su abusividad. Si bien es cierto que dicha oposición había sido rechazada por el tribunal, por lo que se había acordado el embargo de los bienes de los ejecutados. El importe del crédito cedido ascendía a 4.500.000 euros y el precio de la cesión fue de 2.150.000 euros.

Los deudores ejecutados tuvieron conocimiento de la cesión cuando se les dio traslado del escrito de la cesionaria personándose en el proceso. Primeramente, ejercitaron el derecho de retracto vía notarial al depositar, a tal efecto, dos cheques para cubrir lo pagado por el crédito adquirido (2.150.000 euros) y los gastos e intereses (50.000 euros). El mismo día en el que la ejecutante lo rechazó presentaron, en el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, escrito ejercitando nuevamente el derecho de retracto, lo que motivó que se dictara, por el juzgado que tramitaba la ejecución, una diligencia de ordenación en el que se les informaba que el derecho de retracto lo tenían que ejercitar ante el órgano judicial competente y a través del procedimiento oportuno con la correspondiente demanda.

Transcurrido ya el plazo de 9 días, desde el conocimiento de la cesión, los deudores presentaron demanda en juicio ordinario en ejercicio de la acción de retracto. El juzgado la desestimó al entender que el crédito no era litigioso, pues al tratarse de un procedimiento de ejecución, desde el momento en que deviene firme el auto en el que se resuelve sobre la oposición ya no existe discusión sobre la existencia ni la cuantía de la deuda. La audiencia desestimó el recurso de apelación, al considerar que el derecho de retracto había caducado al haberse presentado la demanda fuera del plazo de 9 días y no admitirse ni interrupción ni suspensión del plazo. El Tribunal Supremo, acogiendo la tesis de la audiencia, no dio lugar al recurso de casación. (*C. O. M.*)

19. Responsabilidad civil derivada de circulación de vehículos a motor. Perjuicios morales de familiares. Legitimación de la propia víctima para reclamar por esa rúbrica del baremo.—Frente a la sentencia recurrida, que niega la indemnización por el concepto «perjuicios morales de familiares» al entender que el actor —la víctima de un atropello— no tiene legitimación para reclamarlos, por cuanto solo podrían hacerlo los familiares; el Tribunal Supremo declara que sí concurre tal legitimación. Así resulta de las sentencias de la misma sala de 22 de mayo de 2014 (núm. 227) y de 27

de mayo de 2015 (núm. 262). En la tabla IV del baremo, todos los factores de corrección se recogen bajo la rúbrica «Grandes inválidos», que son los auténticos perjudicados. Por este motivo, no se les puede negar legitimación para reclamar incluso los perjuicios morales de familiares, siendo esta una partida que, como todas las demás, pretende redundar en beneficio del lesionado, solución que garantiza la indemnidad del perjudicado ante variaciones en el nivel de atención de los familiares; en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia de 23 de febrero de 2004, núm. 15/2004, recurso de amparo 4068/1998. (STS de 10 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una persona es atropellada, sufriendo graves secuelas, por lo que formula demanda frente a la compañía aseguradora solicitando unas cantidades por diferentes conceptos. La sentencia de primera instancia condenó al pago de cantidades por incapacidad temporal y secuelas funcionales y estética, perjuicios económicos, incapacidad permanente absoluta, futuros gastos en forma de renta vitalicia anual, y daños patrimoniales emergentes. La estimación de la demanda fue solo parcial. Recurrió en apelación la parte demandante, y la sentencia de segunda instancia estimó parcialmente el recurso. Sin embargo, negó legitimación al perjudicado para reclamar cantidades con base en la rúbrica del baremo «perjuicios morales de familiares». El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, pero estima parcialmente el recurso de casación, casando la sentencia recurrida en el sentido de incrementar la condena en 129.237,57 euros, precisamente por la aplicación de la rúbrica indicada. (R. P. C.)

20. Accidente de caza. Sistema de responsabilidad en el ejercicio de la caza: objetiva atenuada o cuasi-objetiva, que únicamente cesa en los supuestos de culpa o negligencia del perjudicado o de fuerza mayor.—El ejercicio de la caza se concibe legislativamente como una actividad peligrosa que lleva inherente un riesgo, lo que obliga a todo practicante a indemnizar los daños que cause con ocasión de tal ejercicio, con la única excepción de los dos supuestos expresamente indicados [véanse art. 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; art. 35.6.a) del Reglamento de «Ejecución de la Ley de Caza»; art. 69 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de «Caza de Extremadura»; y art. 2.3 del Reglamento del «Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador» (Real Decreto 63/1994, de 21 de enero)].

Concurrencia de culpas y culpa exclusiva de la víctima.—En ese marco de responsabilidad, la jurisprudencia civil ha admitido expresamente la posibilidad de concurrencia de culpas en los accidentes de caza (STS 1105/1994, de 29 de noviembre). En aquellos casos de culpa de la víctima cabe distinguir cuando el daño es completamente atribuible a la conducta de quien lo sufre (culpa exclusiva de la víctima, STS 83/2010, de 22 de febrero) y cuando esa conducta contribuye junto con otra u otras a la producción del siniestro (culpa concurrente de la víctima, STS 842/2009, de 5 de enero).

Culpa concurrente de la víctima y repercusión reductora en la indemnización.—A falta de previsión normativa específica, la jurisprudencia civil considera que el artículo 1103 CC resulta aplicable para moderar la responsabilidad por negligencia, tanto contractual como extracontractual; aun-

que tampoco hay inconveniente en considerar que la concurrencia de culpas encuentra apoyo en el artículo 1902 CC, en tanto que afecta al principio resarcitorio consagrado en dicho precepto (STS 334/2007, de 21 de marzo).

Consecuencias y presupuestos de la culpa exclusiva de la víctima en los sistemas de responsabilidad cuasi-objetiva, en los daños personales en la circulación de vehículos de motor o en el ejercicio de la caza.—En todos estos supuestos, la culpa exclusiva de la víctima solamente produce la exoneración completa de la obligación de indemnizar cuando «el único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causal, haya sido el comportamiento culposo de la víctima» (STS 253/1982, de 27 de mayo).

Concurrencia de culpas cuando la víctima sea menor de edad.—En tales casos, no puede descartarse su contribución a la producción del daño, siempre que resulte probada su conducta negligente y conste que conocía las circunstancias del riesgo (SSTS 650/2005, de 6 de septiembre, y 49/2010, de 23 de febrero). La menor edad de la víctima no puede enervar la eventual apreciación de su conducta, si no como culposa, sí como contributiva al curso causal del siniestro del que resulta perjudicada (STS110/2008, de 6 de febrero).

Culpa exclusiva o concurrente de la víctima e imputación objetiva.—En la actualidad la jurisprudencia civil acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: A) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. B) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. C) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. D) El fin de protección de la norma. E) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual, aunque se adoptase otra conducta. F) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). G) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan al caso fortuito (SSTS de 25 de noviembre de 2010, 20 de mayo de 2011 y 124/2017, de 24 de febrero, entre otras).

En definitiva, el agente solo es responsable de los eventos dañosos que le sean objetivamente imputables, de modo que, si el daño se ocasiona por culpa exclusiva de la víctima y le es objetivamente imputable únicamente a ella, ha de asumir todas las consecuencias, que no pueden atribuirse a un tercero por más que el comportamiento de éste pudiera ser causante del daño desde un punto de vista puramente físico. Mientras que, si el evento dañoso es objetivamente imputable a ambas conductas, el agente material solo tiene que reparar en la medida en que el evento pueda atribuírsele. (STS de 6 de mayo de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 14 de diciembre de 2014, Demetrio, de 15 años, participaba como acompañante en una actividad cinegética en la provincia de Badajoz.

La actividad consistía en la caza en línea por una partida de cuatro cazadores, en un terreno irregular en el que abundaban los olivos. Uno de los cazadores era Ildefonso, a quien acompañaban el indicado menor y otra persona también menor de edad. Sobre las 9.10 horas, ambos menores se alejaron hacia atrás de la línea de caza unos diez o doce metros, momento en el cual Ildefonso se

volvió y disparó contra una perdiz y el rebote de un perdigón impactó en la cara de Demetrio, a la altura del ojo derecho. Ildefonso tenía concertada en esa fecha una póliza de seguro de responsabilidad civil del cazador con la compañía Plus Ultra S. A.

Como consecuencia del perdigonazo, el menor sufrió lesiones de las que tardó en curar 268 días, de los cuales 37 fueron de impedimento para su actividad habitual y 8 de hospitalización. Asimismo, le quedó como secuela una pérdida permanente de agudeza visual de lejos en el ojo derecho de 1/10; así como una cicatriz en la cara por las intervenciones quirúrgicas practicadas.

La madre del menor perjudicado y en su representación, presentó una demanda contra Ildefonso y Plus Ultra S. A., en la que les solicitaba una indemnización, con carácter solidario, 94.536,43 €, más sus intereses legales.

Quedó probado: 1) que el joven, que ya tenía cierta experiencia en cacerías, se rezagó de la línea de caza, dificultando así que el cazador que realizó el disparo pudiera verlo y quebrando el principio de confianza de éste en que todos los partícipes avanzaban a la par (en línea); 2) que el cazador hizo un disparo a su espalda, lo que ya de por sí es más arriesgado que realizarlo de frente y, sobre todo, no se cercioró debidamente de que no había nadie en la trayectoria de tiro. Además, el menor acompañaba precisamente al cazador que realizó el disparo, por lo que éste estaba más obligado, si cabe, a cuidar de que la jornada de caza se desarrollara sin peligro para él, y que el menor se quedara rezagado no puede ser calificado como una conducta insospechada y repentina para el agente.

El juzgado estimó en parte la demanda, al considerar que el accidente se produjo por culpa del demandado. La audiencia entendió que el accidente tuvo lugar por culpa exclusiva del menor y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la actora al condenar a los demandados a indemnizar solidariamente al perjudicado con 47.711,21 €, más sus intereses legales, que para la aseguradora serán los del artículo 20 LCS, desde el 14 de diciembre de 2014, que se calcularán, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20%. El Alto Tribunal apreció que en la concurrencia de contribuciones causales, ha de entenderse más grave la del cazador, puesto que al ser este responsable del uso de un arma de fuego, debe extremar el cuidado antes de disparar y no hacerlo si no está seguro de que en la trayectoria del disparo no hay nadie que pueda resultar alcanzado. Por lo que cabe considerar que el perjudicado contribuyó causalmente en un 20% a la producción del daño, mientras que el cazador lo hizo en un 80%.

NOTA.—Para que el supuesto de hecho de esta sentencia pueda incardinarse en la figura de la concurrencia de culpas, es necesario: 1.º) que ambas conductas, la del causante del daño y la del dañado, sean negligentes; y 2.º) que las dos contribuyan a la causación del daño.

En estos casos lo que sucede es que las conductas negligentes de ambos sujetos se suman, coadyuban a la causación del daño, por ello lo verdaderamente relevante no es la concurrencia de culpas, sino que exista una concausación del daño.

Es decir, lo que aquí sucede es que el daño que sufrió la víctima no deriva causalmente sólo de la culpa o negligencia del agente, sino que también contribuyó a su causación el propio dañado. Y en la medida que causalmente lo hiciera, con fundamento en la facultad moderadora de los tribunales que contempla el artículo 1103 CC [aunque tampoco hay inconveniente en considerar que la concurrencia de culpas encuentra apoyo en el artículo 1902 CC, en tanto que afecta al principio resarcitorio consagrado en dicho precepto (STS 334/2007, de 21 de marzo), como señala la sentencia anotada], ello habrá de ser tenido en cuenta a la hora de imputar consecuencias al responsable, salvo en los casos en que una de las dos conductas negligentes sea de tal gravedad, que en realidad acabe absorbiendo a la otra, en cuyo caso, no dará lugar a efecto alguno sobre imputación final al responsable (Véase Llamas Pombo, E., *Manual de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Daños*, Madrid 2021, p. 80). (I. D.-L.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. Derecho registral. Anotación preventiva de embargo. Certificación de cargas emitida antes de la caducidad de la anotación preventiva y que se hace constar mediante nota marginal. Valor especial de la certificación. Doctrina jurisprudencial.—De acuerdo con la doctrina sentada en la STS 427/2017, de 7 de julio (que invoca la contenida en las SSTs 282/2007, de 12 de marzo, y 88/2015, de 23 de febrero), la expedición de la certificación de cargas da lugar a la extensión de nota marginal en la hoja registral a efectos de publicidad; y la existencia de la ejecución es comunicada a los titulares de derechos que figuren en asientos posteriores al del derecho del ejecutante (art. 659.1 LEC). En consecuencia, el contenido de tal certificación tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior (como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante) no modifica dicha situación.

Finalidad de la certificación de cargas y protección de los intereses de los adquirentes en vía de apremio. Falta de caducidad de la anotación preventiva de embargo.—La certificación de cargas permite conocer las cargas y derechos anteriores al embargo por el que se sigue la ejecución, así como las condiciones en que se puede adquirir en dicha ejecución (cargas que no desaparecerán con la adquisición). Si en el ínterin caduca la anotación de embargo y se cancela este asiento y la nota marginal de la certificación de cargas, con el efecto legal de que se pierda la prioridad registral que legitimaría al adjudicatario del bien en la ejecución a obtener la cancelación de las cargas y derechos inscritos o anotados con posterioridad, también se genera una inseguridad jurídica sobre las adquisiciones en ejecuciones judiciales y en general en vías de apremio. Para paliarlo, la reforma de los artículos 656.2 LEC y 667.2 LEC (Ley 19/2015, de 13 de julio, y Ley 42/2015, de 5 de octubre) ha matizado este efecto con la introducción de un sistema de información continuada del registro a través del portal de subastas «hasta el término de la subasta». Ello determina que la certificación de cargas, con la consiguiente nota marginal, debe tener una repercusión en la información regis-

tral, en cuanto que impida la caducidad de la anotación preventiva y la cancelación del asiento, aunque sea durante el tiempo razonable para asegurar la eficacia de la información suministrada por la certificación de cargas en aquella ejecución judicial. Sólo así se evita la falta de seguridad jurídica preventiva, en la medida en que el registro seguiría informando de la existencia de la anotación preventiva de embargo y de la nota marginal correspondiente a la certificación de cargas.

Imposibilidad de prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo. La certificación de cargas genera una prórroga implícita de la anotación. Matización de la doctrina jurisprudencial.—Obviamente, la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal no pueden provocar una prórroga indefinida, pues la ratio de la reforma introducida por la LEC 2000 fue evitar que las anotaciones preventivas puedan convertirse en perpetuas mediante su prórroga. De ahí que convenga declarar que la solicitud de certificación de cargas opera como una petición implícita de prórroga de cuatro años, a contar desde el momento de la emisión de la certificación y la extensión de la preceptiva nota marginal. Con ello se respeta la finalidad perseguida por la Ley al prever en todo caso la necesidad de la prórroga de las anotaciones preventivas y se asegura un plazo razonable dentro del procedimiento de ejecución en el que se acordó el embargo para hacer efectiva la realización del bien y que el decreto de adjudicación pueda inscribirse en el registro con el efecto de cancelación de las cargas y derechos posteriores a la anotación de embargo. Esto supone una matización de la doctrina sentada en la STS 427/2017, pues la certificación de cargas, más que «causar estado» definitivo, constituye una prórroga temporal de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución. (STS de 4 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La actora solicitó y obtuvo la anotación preventiva de un embargo judicial en noviembre de 2009. En el curso de la ejecución se solicitó la certificación de cargas, de la que se practicó la correspondiente nota marginal. Con posterioridad, el decreto de adjudicación a favor del instante de la ejecución acordó la cancelación de la anotación preventiva de embargo y de cualquier anotación o inscripción posterior (diciembre de 2012). El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas fueron presentados al Registro en agosto de 2014. La Registradora denegó la inscripción de la adjudicación y la cancelación de cargas porque entendió que la anotación de embargo había caducado, pues cuando se presentó al Registro el decreto de adjudicación, en agosto de 2014, ya se había cumplido el plazo cuatrienal y la Registradora había cancelado la anotación y, con ella, la nota marginal de la certificación de cargas. La adjudicataria impugnó la calificación de la Registradora, por entender que resultaba procedente la cancelación de cargas posteriores a la anotación preventiva de embargo que fue objeto de ejecución. La razón en que basaba su oposición estriba en que la certificación de cargas y el propio decreto de adjudicación son anteriores a que se cumpliera el plazo de cuatro años de caducidad de la anotación de embargo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y confirmó la calificación de la Regis-

tradadora. La Audiencia Provincial de Madrid, por el contrario, estimó el recurso de apelación y, con ello, dejó sin efecto la calificación negativa de la Registradora de la Propiedad, y ordenó la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la anotación preventiva de embargo instada en 2009 por la ejecutante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

22. Propiedad horizontal. Gastos derivados de la bajada a cota cero del ascensor.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que los bajos o locales de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal han de abonar los gastos derivados de la bajada a cota cero del ascensor, ya que se trata de una obra nueva y no una obra de mantenimiento o conservación del ascensor [art. 9.1 e) en relación con los arts. 5 y 10.1 LPH]. (**STS de 10 de mayo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A interpuso demanda contra la comunidad de propietarios C, por la que impugnaba el acuerdo adoptado en la junta general ordinaria de 26 de mayo de 2016. El acuerdo aprobaba la participación de todos los propietarios en la realización de las obras de albañilería del zaguán y cambio de ascensor con un coste. A juicio de A, propietario del bajo izquierdo, dicho acuerdo resultaba contrario a la ley y estatutos de la comunidad y, además, causaba un grave perjuicio para la propiedad del bajo izquierdo que no tendría obligación de soportar.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, mientras que la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por los demandantes contra la sentencia, con el argumento de que las obras de adaptación o sustitución de los ascensores no resultan comparables a la instalación del ascensor por primera vez. Ante ello, la comunidad de propietarios C recurrió en casación al Tribunal Supremo, que casó la sentencia y confirmó la de primera instancia. (*A. I. R. A.*)

DERECHO DE FAMILIA

23. Vivienda familiar. Concepto.—La Sala Primera reitera que, de acuerdo con la doctrina del propio tribunal (SSTS 42/2017, de 23 de enero y 517/2017, de 22 de septiembre), la «vivienda familiar» a la que se hace referencia en el artículo 96 CC es aquella que ha sido habitada por los progenitores y por el hijo (o hijos) hasta la ruptura del matrimonio. Considera que el hecho de que uno de los progenitores y el hijo común hayan habitado una determinada vivienda por un largo periodo de tiempo no convierte a la misma en una «vivienda familiar» *stricto sensu*.

La doctrina de los actos propios. Requisitos.—La Sentencia recuerda que, para la aplicación de esta doctrina, deben darse cumulativamente dos requisitos: 1) «Que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación jurídica afectante a su autor»; 2) Que exista una contradicción, de acuerdo con el principio de buena fe, entre el acto en cuestión y una conducta previa.

En esta línea, el Tribunal determina que la recurrente cedió en precario la vivienda sin compromiso de permanencia, por lo que la solicitud de que la misma no sea atribuida a su excónyuge no supone una contradicción con su actuación anterior. (STS de 24 de mayo de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Adolfina interpuso demanda de divorcio contra Aníbal interesando, entre otras cuestiones, el desalojo en el plazo máximo de un año de la vivienda que esta lleva cediéndole en precario desde el año 2014. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, estableciendo que la vivienda en la que residía Aníbal con su hijo Basilio debía ser considerada vivienda familiar hasta que el menor alcanzara la edad de 12 años. Contra esta resolución Adolfina interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. Finalmente, Adolfina recurre en casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (M. S. G.)

24. Derecho de reembolso a favor de un cónyuge por el importe del dinero privativo que, ingresado en una cuenta conjunta, se confunde con dinero ganancial y que es utilizado para financiar la construcción de una vivienda ganancial.—El derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial siempre procede, por aplicación del artículo 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.

La atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).

De la misma manera, en el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída al adquirir el bien ganancial, se integra en el pasivo de la sociedad el crédito por el importe actualizado de las cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges (art. 1398.3.ª CC).

El mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite presumir que se le ha atribuido carácter ganancial, ya que sería precisa la expresión de una voluntad clara en tal sentido, de modo que en la liquidación hay que estar al origen de los fondos.

Salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad. (STS de 31 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Marco interpone demanda de divorcio y solicita la formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales frente a Inmaculada. La demanda es estimada.

Marco recurre en apelación. Inmaculada impugna también la sentencia. Tanto recurso como impugnación son desestimados.

Marco interpone recurso de casación, pues entiende que corresponde fijar como pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a

su favor correspondiente a la herencia que recibió de su madre. Ese dinero fue ingresado en una cuenta conjunta y utilizado para comprar una vivienda ganancial, sin hacerse mención en la escritura de compra de tal extremo, en orden a un hipotético reembolso futuro. El recurso es estimado, dado que la atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial el dinero empleado para su adquisición, ni tampoco el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta permite presumir que se le ha atribuido carácter ganancial. (T. R. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

25. Interpretación de testamento y de disposiciones que permiten determinar los beneficiarios de fórmulas de previsión voluntaria tras el fallecimiento de la persona que las suscribió.—Recibir la legítima de manera expresa a título de legado es coherente con la posibilidad de recibir la legítima por cualquier título (art. 815 CC), pues no es necesario que el testador deba instituir a sus legitimarios como herederos. También es ajustado a Derecho que el legado no sea de cosa cierta.

Las prerrogativas procesales (legitimación para pedir la partición, solicitar la intervención judicial, etc.), la necesidad de su intervención en la partición hereditaria o la posibilidad de anotar preventivamente su derecho se dirigen a proteger los derechos del legatario de parte alícuota a recibir su cuota del remanente activo, pero no significan que pueda ser considerado heredero contra la voluntad expresada por el testador.

Por su parte, el legislador ha dejado al margen de la sucesión hereditaria las prestaciones que tienen derecho a percibir los beneficiarios en caso de fallecimiento de los socios de un plan de previsión o de los partícipes de planes de pensiones. El derecho a las prestaciones correspondientes que se generen en cada plan a favor de los socios o partícipes no se adquiere por vía de transmisión hereditaria; por ello, aun en los casos en que coincida la persona del beneficiario y del heredero, el derecho a la prestación está sometido a sus propias reglas y no al régimen jurídico de la sucesión.

La designación de beneficiarios por el socio o partícipe de un plan de previsión puede hacerse al suscribir el contrato o, posteriormente, designando o modificando en cualquier momento los beneficiarios previamente designados. Aunque el derecho a las prestaciones de los planes en caso de fallecimiento del socio no forma parte de su herencia, el testamento puede ser instrumento que contenga la designación o la modificación de una anterior designación de beneficiarios de un plan de previsión o de figuras semejantes.

En su caso, a falta de designación expresa por el adherente sobre quienes son los beneficiarios de las prestaciones que se generan de un plan de previsión social voluntario, procede la aplicación subsidiaria de lo previsto en el boletín de adhesión de cada plan (reglamento). Por tanto, la prestación deberá ser entregada al beneficiario en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores del tomador del seguro.

De tal modo, para conocer a quién corresponden las prestaciones que se derivan de un plan de previsión tras el fallecimiento de quien lo suscribe, se ha de proceder con el siguiente orden de prelación:

- (i) se ha de atender a lo designado específicamente por el socio, bien en el propio documento en el que suscribe el plan, o bien en su testamento;
- (ii) subsidiariamente, a lo indicado en el reglamento de cada plan.

En caso de ser requerido acudir al reglamento de cada plan (bien porque no hay designación específica en el contrato de suscripción, bien porque no hay determinación expresa en el testamento sobre quién es el beneficiario de tal plan), la determinación del beneficiario puede estar realizada de diversas formas: entre otras, «los herederos», «por este orden, cónyuge, hijos o herederos». En estos casos, para conocer quién es el beneficio habrá de interpretarse el reglamento de forma conjunta al testamento, o –de forma subsidiaria– conforme a las reglas de la sucesión intestada. (STS de 10 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Camino interpone demanda de juicio ordinario contra Banco Santander y Coral. Solicita ser declarada como única beneficiaria de las participaciones de las Entidades de Previsión Social Voluntaria que suscribió su padre, por ser la única de las hermanas que fue instituida heredera testamentaria. Coral también es hija de Luis, y es designada en testamento legataria de parte alícuota. La demanda es íntegramente desestimada.

Camino interpone recurso de apelación. El recurso es parcialmente estimado, respecto de las costas de primera instancia, quedando confirmada el resto de la sentencia.

Camino interpone recurso de casación, que es parcialmente estimado. Los reglamentos de los planes de previsión de que era socio Luis cuando falleció reconocían expresamente como beneficiarias a las personas que se designaran expresamente. Por tanto, solo señalaban a quién correspondería percibir las prestaciones para el caso de que no existiera tal designación específica por el socio.

No consta que Luis designara de manera específica beneficiarios, y en su testamento no se contiene mención alguna a este respecto. De tal modo, ha de atenderse a los reglamentos de los planes para conocer quién es el beneficiario de los mismos, y deben ser interpretados de forma conjunta con el testamento.

El reglamento de uno de los planes, en ausencia de designación específica, designaba como beneficiarios en caso de muerte a «los herederos del socio». Es aquí donde tiene razón Camino, pues ella es la única instituida como heredera. (T. R. C.)

DERECHO MERCANTIL

26. Contratos bancarios. Adquisición de acciones de una entidad financiera en el mercado secundario. Acción de responsabilidad por el contenido del folleto de la emisión del artículo 28 LMV.–La Sala Primera del Tribunal Supremo estima que los daños padecidos por la depreciación de

las acciones adquiridas en el mercado secundario trae causa de las falsedades y omisiones relevantes del folleto de la emisión, incluso cuando las acciones adquiridas ya se habían depreciado en más de un cincuenta por ciento. **(STS de 1 de junio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Un inversor minorista adquirió 4.000 acciones de Bankia en la OPS a un precio de 3,75 euros por acción (15.000 euros), el 30 de junio de 2011. El 23 de mayo de 2012 realizó siete operaciones de compra de acciones de Bankia en el mercado secundario, en las que adquirió 54.675 acciones a 1,695 euros la acción (92.690,82 euros). El 25 de mayo de 2012 Bankia presentó la reformulación de sus cuentas dándose a conocer las graves deficiencias de la información contenida en el folleto de la OPS. En inversor vendió todas sus acciones el 30 de mayo de 2012, por un precio total de 62.470,43 euros (1,064 euros la acción, pérdida total de 45.220,39 euros).

En estas circunstancias, el inversor ejerció una acción de responsabilidad civil por el contenido del folleto (art. 28 LMV) contra Bankia. El Tribunal Supremo estimó, en primer lugar, la legitimación activa para ejercitar esta acción por parte de inversores que adquirieran sus acciones en el mercado secundario durante los doce meses siguientes a la aprobación de este pues, ni el precitado artículo ni el artículo 36 del Reglamento del folleto exigen requisitos adicionales como que la adquisición se hubiera producido en el mercado primario.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo declaró que los daños padecidos eran causa de la contención de información falsa en el folleto, porque la pérdida de valor de la acción se deriva del conocimiento público de que la información contenida en el folleto era falsa o contenía omisiones relevantes. «Del mismo modo que la información falsa o incompleta se reflejó en el precio de los valores, el conocimiento posterior de la falsedad o de la falta de completitud de la información también se reflejó en el precio de los valores en el momento en que se hace pública, que descendió en proporción a la gravedad de los defectos de la información. Porque si la información del folleto hubiera sido correcta, los valores no hubieran resultado interesantes para los inversores, o lo hubieran sido por un precio inferior».

A mayor abundamiento, el Alto Tribunal consideró que el hecho de que, antes de que se produjera la segunda adquisición, se hubieran producido algunos hechos que hicieran descender el precio del valor —rumores sobre la veracidad de los datos del folleto— (y que de hecho el inversor ya hubiera comprado las acciones significativamente depreciadas, a mitad del valor inicial) no rompe el nexo de causalidad entre la información defectuosa contenida en el folleto y la pérdida de valor producida cuando se conoció el alcance de esos defectos. Por el contrario, «lo único que provoca el conocimiento de esas dificultades de Bankia antes de que la parte demandante comprara la mayor parte de sus acciones, es que el daño y, por tanto, la indemnización, será menor». Descarta, por tanto, el Tribunal Supremo que la adquisición se efectuara sobre la base del

valor de cotización asumiendo ya la falsedad del folleto, con finalidad especulativa en la esperanza de una revalorización, habida cuenta que en esta segunda adquisición la acción ya tenía valor de cotización que reflejaba la situación financiera de Bankia y que, por ende, la entidad informativa del folleto ya se había reducido (valoración de la acción mientras no existe precio de cotización) y contradicho por el precio de cotización. (A. A. O.)

27. Extinción de las garantías de cualquier clase constituidas a favor de acreedores especialmente relacionados con el deudor concursal: no afecta a las garantías personales.—La Sala Primera declara que el artículo 97.2 LC —en su versión anterior a la reforma de 2020— tiene como fundamento privar al acreedor concursal persona especialmente relacionada con el deudor concursado de cualquier garantía que le permitiera cobrar en el concurso con alguna preferencia, que hiciera total o parcialmente ineficaz la subordinación. Esto explica que las garantías que el juez del concurso ha de declarar extinguidas sean fundamentalmente las garantías reales constituidas sobre bienes incluidos en la masa activa. Sin embargo, la extinción no afecta a otras garantías que hubiera recabado el acreedor, cuya realización no afecte negativamente al concurso, como pueden ser las garantías reales y personales constituidas por terceros. Esta interpretación ha sido reforzada por el actual artículo 302.1 del TRLC 2020.

Liberación de los fiadores por hecho del acreedor que les impida quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios de este (art. 1852 CC).—Para la Sala Primera, la circunstancia prevista en el artículo 97.2 LC conlleva un cambio significativo en la situación jurídica de los fiadores, que pierden el derecho a subrogarse en la hipoteca, al extinguirse esta. Sin embargo, dado que el hecho que provoca la subordinación del crédito existe al momento del afianzamiento, no hay propiamente un acto posterior del banco acreedor que, contrariando la exigencia de la buena fe, haya provocado el perjuicio para los fiadores de impedirles la subrogación en la hipoteca. Por tanto, no hay infracción del artículo 1852 CC.

Accesoriedad de la fianza y concurso del deudor.—La declaración de concurso impide que un acreedor pueda reclamar el pago de su crédito fuera del concurso, pero no que, siendo créditos vencidos y exigibles, pueda dirigirse contra los fiadores para reclamarles la obligación garantizada por cada uno de ellos. La reclamación frente a los fiadores no contraría la regla legal de la accesoriedad de la fianza respecto de la obligación principal garantizada, que sigue existiendo (art. 1824 CC).

Subsidiariedad de la fianza y concurso del deudor.—Siendo el crédito vencido y exigible antes de la declaración del concurso, y habiéndose reconocido este en el concurso de acreedores de la sociedad deudora principal, se cumple cumplen las exigencias derivadas de la subsidiariedad de la fianza (art. 1822 CC). Por tanto, el acreedor puede dirigirse contra los fiadores. (STS de 26 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Banco Sabadell concedió a la sociedad TGN dos préstamos hipotecarios. El primero, instrumentalizado el 9 de octubre de 2007 por importe de 2.223.000 euros, incluía también un afianzamiento mancomunado de una serie de sociedades. Este prés-

tamo hipotecario fue novado por escritura de 30 de noviembre de 2009, que acordó prorrogar el vencimiento del plazo del préstamo desde el 9 de octubre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2012, y que la devolución se realizara en un único pago en esa fecha. El segundo préstamo se había concedido el 31 de enero de 2005 por importe de 1.877.500 euros y fue novado el 6 de febrero de 2008, conviniéndose una ampliación del plazo de devolución hasta el 31 de enero de 2011 y su amortización en un solo pago a esa fecha. En esta segunda novación se incluía un afianzamiento mancomunado por una serie sociedades. El 30 de noviembre de 2009, el segundo préstamo hipotecario se volvió a novar, mediante escritura pública, prorrogándose el plazo de devolución del préstamo hasta el 30 de noviembre de 2012 y que la devolución se realizara en un único pago en esa fecha.

El 5 de noviembre de 2013, TGN fue declarada en concurso de acreedores. Ante el impago, Banco Sabadell liquidó los créditos adeudados. Sin embargo, en el procedimiento concursal, el juzgado entendió que Banco Sabadell tenía la condición de persona especialmente relacionada con el deudor, porque una filial del banco era socia de la concursada, con una participación importante. Este hecho motivó que el juzgado declarase ambos créditos como subordinados y, en consecuencia, que en aplicación del artículo 97.2 LC, se declarasen extinguidas las garantías constituidas a favor de los créditos de que era titular Banco Sabadell.

La anterior situación condujo a Banco Sabadell a reclamar de algunas de las fiadoras mancomunadas el importe de los créditos que cada una de ellas afianzaba; e interpuso a tal efecto una demanda.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a las fiadoras al pago; lo que fue confirmado por la Audiencia Provincial en apelación, ambas sobre la base de una interpretación del artículo 97.2 LC, según la cual las garantías personales prestadas por terceros no se ven afectadas por esta norma, que solo prevé el levantamiento de las garantías hipotecarias. (A. I. R. A.)

28. Compensación de los créditos y deudas del concursado.—El artículo 58 LC, como un efecto consiguiente a la declaración de concurso, prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que se hubieran cumplido los requisitos de la compensación pretendida con anterioridad a la declaración de concurso, aunque la resolución judicial o acto administrativo que lo declare se haya dictado con posterioridad. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. La controversia a la que se refiere el precepto es la relativa a la procedencia de la compensación, una vez declarado el concurso, porque se cumplían todos los requisitos antes de la declaración. No hay duda de que, al prescribir la norma el cauce procesal del incidente concursal, del que sólo puede conocer el juez del concurso, la pretensión de compensación que se haga valer a través de una acción debía solicitarse ante el juez del concurso y por el incidente concursal. Lo que no está tan claro es que esta previsión legal prive a un acreedor de la concursada de poder oponer la excepción de compensación prevista en el artículo 408 LEC frente a una demanda de reclamación de un crédito interpuesta contra él por la concursada. El artícu-

lo 408.1 LEC, aunque conceda a la excepción de compensación un trámite singular, en cierto modo similar a la reconvencción en cuanto que permite al demandante oponerse a la compensación, no contiene una norma equivalente a la prevista en el artículo 406.2 LEC para la reconvencción. El artículo 406.2 LEC impide la reconvencción cuando «el juzgado carezca de competencia objetiva...». De forma que, en un caso como el presente, la demandada no podía formular una reconvencción para reclamar el crédito que tenía frente a la concursada, pues para eso era competente el juzgado mercantil que conocía del concurso, pero no existía ningún impedimento para que, a los meros efectos de la compensación, pudiera oponer su crédito frente a la concursada, y para esto sí era competente el juez de primera instancia que conocía de la demanda inicial planteada por la concursada. Además, el artículo 58 LC no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes. Pero en el caso enjuiciado las deudas y créditos que la concursada tenía con la demandada provienen de relaciones contractuales distintas, por lo que el tribunal de instancia puede entrar a analizar si se cumplían los requisitos de la compensación antes de la declaración de concurso. Al cumplirse los requisitos legales, resulta procedente estimar la excepción de compensación formulada por la demandada. **(STS de 13 de mayo de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Biocarburantes fue declarada en concurso de acreedores. En el inventario de la concursada aparece un crédito frente a Beta de 245.698,97 euros, por suministros prestados antes ser declarada en concurso. En la lista de acreedores ha sido reconocido un crédito ordinario a favor de Beta de 2.420.053,39 euros. La administración concursal de Biocarburantes interpuso una demanda contra Beta para reclamarle el crédito de 245.698,97 euros. Al contestar a la demanda, la demandada no negó la deuda, pero opuso la compensación de un crédito que tenía frente a la demandante de cuantía superior al reclamado (2.420.053,39 euros). La sentencia de primera instancia no atendió a la compensación opuesta y estimó la demanda. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la demandada, desestimando la Audiencia el recurso. Contra la sentencia de la Audiencia la demandada interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.^a M. F.*)

29. Transporte terrestre. Acción directa. Concurso de acreedores.—El Tribunal Supremo establece, reiterando su doctrina de tres sentencias de 29 de diciembre de 2020 (núms. 695, 699 y 701), que la declaración de concurso del intermediario o porteador intermedio no impide el ejercicio de la acción directa del porteador efectivo frente al cargador principal. Y ello, con independencia de si el cargador ya ha abonado el precio del transporte al porteador intermedio (concurrido) o no, sin perjuicio de la incidencia que tenga sobre el concurso el crédito de regreso ostentando por el cargador frente al intermediario. Ciertamente, de acuerdo con el artículo 50.3 de la hoy

derogada Ley concursal del año 2003, «los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil...». Además, el artículo 51bis.2 indica que, una vez declarado el concurso y hasta el momento de su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción directa que reconoce el artículo 1597 CC. Ahora bien, la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio dispone lo siguiente: «En los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa por la parte impagada, contra el cargador principal y todos los que, en su caso, le hayan precedido en la cadena de subcontratación, en caso de impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado...».

Con este contexto normativo, el Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido arriba indicado con varios argumentos. La acción directa del artículo 1597 CC no tiene las mismas naturaleza y finalidad que la propia del transporte terrestre. La primera se relaciona con el entramado de obligaciones que surgen del contrato de obra, en cuanto que, mediante el ejercicio de la acción, el dueño de la obra paga su deuda y el subcontratista (deudor intermedio) desaparece de la relación, al quedar saldado su crédito. Por el contrario, en la acción directa del transportista efectivo, este exige y cobra su crédito del cargador principal porque el segundo resulta directamente obligado a ello (no por el contrato, sino por la ley), incluso aunque este segundo haya extinguido su deuda con el porteador intermedio. También es de notar la ausencia de retención en el caso del transporte. Asimismo, la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013 no contiene ninguna previsión que excepcione su aplicación en caso de concurso del porteador intermedio, pese a ser promulgada en un momento en el que ya estaban en vigor los preceptos relevantes de la ley concursal. Finalmente, también hay que decir que las disposiciones concursales se refieren no a cualquier acción directa, sino específica y nominativamente a la del artículo 1597 CC, cosa que no ha cambiado en el TRLC aprobado en 2020. (**STS de 18 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Una empresa contrata los servicios de transporte de otra, que a su vez subcontrata la ejecución del mismo. La primera paga a la segunda, pero esta no paga al porteador efectivo, y, entre tanto, es declarado el concurso de la porteadora intermediaria subcontratista. El porteador efectivo ejercita una acción directa frente a la primera, de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, de modificación de la Ley 16/1987, de ordenación del transporte terrestre (LOTT).

La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda, considerando que el pago hecho por la primera empresa a la segunda no la libera de su obligación (legal) frente al transportista efectivo. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la condenada, que interpone un recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia de apelación. (*R. P. C.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su corres-

pondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía, que sí se incluye en el sumario, pero que no se enumera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las *referencias bibliográficas* se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo*:

— Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

— Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.

— Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las *referencias bibliográficas en nota a pie de página*, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En las mismas notas a pie de página, y también en el cuerpo del texto, las locuciones latinas *vid, supra, cfr, ibídem*, etc. deberán aparecer en cursiva.

En cuanto a *abreviaturas*: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En relación con las *sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal*, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para *otros tipos de resoluciones jurídicas* también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

— Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.

— Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.

— Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXXV, 2022

FASCÍCULO I enero-marzo

	<i>Pág.</i>
In memoriam	
Jorge CAFFARENA LAPORTA, por Antonio-Manuel Morales Moreno....	7
Estudios monográficos	
Miguel GIMENO RIBES: «Uso y desuso de las sociedades de personas»....	11
Davinia CADENAS OSUNA: «La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea»	69
Javier MARTÍNEZ CALVO: «Discapacidad intelectual y redes sociales: el difícil equilibrio entre accesibilidad y protección».	115
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
GORDILLO CAÑAS, Antonio: «El registro de la propiedad: principios y sistema», por Luis Javier Arrieta Sevilla	161
MARÍN VELARDE, Asunción/CABEZUELO ARENAS, Ana Laura/MORENO MOZO, Fernando (Dir.): «Familia y Derecho en la España del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez», por Carlos Vattier Fuenzalida	168
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA	173

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIA COMENTADA

- Emilio V. BLANCO MARTÍNEZ: «Actualización del Derecho civil navarro y constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 157/2021, de 16 de septiembre)» 217

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA COMENTADA

- M.^a Paz GARCÍA RUBIO/M.^a Eugenia TORRES COSTAS: «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» 279

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Cristina ARGELICH COMELLES, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO 335

FASCÍCULO II

abril-junio

Estudios monográficos

- Juan DAMIÁN MORENO: «La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal» 399
- Antonio J. VELA SÁNCHEZ: «La fijación de la donación como no colacionable y la cláusula testamentaria del pago de legítima en vida del causante: dos declaraciones de parte que el notariado, en lo posible, debería evitar» 423
- Mauricio TRONCOSO REIGADA: «Similitudes y diferencias entre el régimen general del *falsus procurator* en Derecho francés y el régimen de los artículos 1843 *Code civil* y L.210-6 *al. 2 Code de commerce*. La visión de un jurista extranjero» 475
- Cristina ARGELICH COMELLES: «Gobernanza de las plataformas en línea ante la DSA y las Propuestas de Reglamento de Mercados Digitales e Inteligencia Artificial (DMA y AIA)» 501

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

- Por Marta Otero Crespo y Julia Ammerman Yebra 531

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO.

- LOHSSE, Sebastian/SCHULZE, Reiner/STAUDENMAYER, Dirck (eds.):
«Data as counter-performance - Contract Law 2.0?», por M.ª Carmen
Plana Arnaldos 577
- VERDERA SERVER, Rafael: «Aspectos registrales de las acciones rescisoria-
s, resolutorias y revocatorias», por Bruno Rodríguez-Rosado 583

REVISTAS EXTRANJERAS

- Remedios Aranda Rodríguez, María del Rosario Díaz Romero, Alfredo
Ferrante, Enrique Gandía Pérez, Sebastián López Maza, Andrea Macía
Morillo, Ricardo Pazos Castro 587

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Análisis del Dieselgate desde el dere-
cho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo
Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)» 635
- M.ª Carmen CRESPO MORA: «Renuncia al ejercicio de acciones de recla-
mación de responsabilidad contra un abogado» 725

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO
ORTÍZ, Cristina ARGELICH COMELLES, Brian BUCHHALTER
MONTERO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel
GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebas-
tían LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA
MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ
ARRANZ, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA
NAVARRO 769

FASCÍCULO III
julio-septiembre

Estudios monográficos

- José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: «El precontrato de donación:
consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil
español» 839
- Alfredo BATUECAS CALETRÍO: «El derecho a la identidad y la identidad
digital» 923

	Pág.
Francisco SANTANA NAVARRO: «El préstamo simple o mutuo y su posible resolución por incumplimiento»	987
José María MARTÍN FABÁ: «La transacción sobre la cláusula suelo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»	1079
 Bibliografía	
 LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO.	
DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: «Nulidad parcial en los contratos», por Nieves Rojano Martín	1215
GAGO SIMARRO, Clara: «Las donaciones en la sucesión hereditaria», por Ignacio Gallego Domínguez	1217
GINEBRA MOLINS, M. ^a Esperança: «La pluralidad de fiadores frente al acreedor: el «beneficio de división» en los Códigos civiles francés, español y de Quebec. En busca de un modelo para la codificación catalana», por Marta Otero Crespo	1224
RAMS ALBESA, Joaquín (dir.)/LACRUZ BESCÓS, Jose Luis/VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego (Coord.): «La fe pública registral (Tratado de Derecho Civil, tomo X)», por José María de la Cuesta Sáenz	1228
 REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Francisco Oliva Blázquez, Juan Pablo Pérez Velázquez, Davinia Cadenas Osuna	1233
 Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
 SENTENCIAS COMENTADAS	
Ángel MENÉNDEZ REXACH: «Inclusión en el catálogo de aguas privadas. STS 1320/2022, de 29 de marzo»	1261
Esther FARNÓS AMORÓS: «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1. ^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual»	1281
Antonio Ismael RUIZ ARRANZ: «El moderno <i>mortuus redhibetur</i> : restitución derivada de la nulidad y resolución de Banco Popular. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2021»	1315
 SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABÁ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO	1345

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Estudios monográficos

Klaus Jochen ALBIEZ DHORMANN: «La ausencia de negociación en la contratación digital a propósito del Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea	1397
Camino SANCIÑENA ASURMENDI/Clara GAGO SIMARRO: «Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales»	1451
Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA: «La indemnización cuando el arrendatario restituye anticipadamente el inmueble arrendado»	1523
Aurora LÓPEZ AZCONA: «Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad»	1583
Pedro DEL OLMO GARCÍA: «Ejecución de la hipoteca y arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Una explicación real»	1675

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Marta OTERO CRESPO y Julia AMMERMAN YEBRA	1711
---	------

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ.

IRIBARREN BLANCO, Miguel: «La responsabilidad de los socios por los acuerdos de la junta general», por Inés Cortell Cerdá	1751
MATE SATÚE, Loreto Carmen: «La configuración de daño y su relación con el nexos causal en la responsabilidad civil del abogado», M.ª Carmen Crespo Mora	1754
ZORNOZA SOMOLINOS, Alejandro: «Vehículos automatizados y seguro obligatorio de automóviles. Estudio de derecho comparado», por Remedios Aranda Rodríguez	1760

REVISTAS EXTRANJERAS

Remedios Aranda Rodríguez, María del Rosario Díaz Romero, Alfredo Ferrante, Enrique Gandía Pérez, Sebastián López Maza, Andrea Macía Morillo	1767
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS (AÑO 2021)

Por Rosa M. Méndez Tomás	1801
--------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, Ignacio DÍAZ SEVILLANO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTAN NAVARRO	1849
---	------

