

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVI, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2023



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

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

**BOE** BOLETIN  
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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO  
Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

M.<sup>a</sup> ÁNGELES PARRA LUCÁN  
Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN  
Registrador de la Propiedad

M.<sup>a</sup> 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 LXXVI, FASCÍCULO II  
Abril-junio, 2023

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



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

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2023

<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

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Usufructo atípico: sin posesión de los bienes y entrega de los frutos netos al usufructuario» .....	401
Luis HERNANDO CEBRIÁ, «La configuración estatutaria del deber de lealtad: sus relaciones con el régimen de retribución de los administradores y con el mercado de capitales» .....	443
Irene AZÑAR SÁNCHEZ-PARODI, «La protección de datos personales de la víctima de violencia de género en el campo del Registro de la Propiedad» .....	519
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Julia AMMERMANN YEBRA .....	605
Bibliografía	
<b>LIBROS</b>	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
ALBERS, Gregor; PATTI, Francesco Paolo, y PERROUIN-VERBE, Dorothee: «Causa contractus», por Bruno Rodríguez Rosado .....	651
CASANOVA ASENSIO, Andrea Salud: «Retraso, mora y <i>Nachfrist</i> en la modernización del Derecho de obligaciones», por César Hornero Méndez .....	658
INFANTE RUIZ, Francisco José: «El aprovechamiento injustificado como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la <i>undue influence</i> del Derecho inglés», por Pedro del Olmo García .....	662
VERDERA SERVER, Rafael: «Contra la legítima», por Manuel Espejo Lerdo de Tejada .....	668
<b>REVISTAS EXTRANJERAS</b>	
A cargo de: Ricardo PAZOS CASTRO; colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Carlos CASTELLS SOMOZA, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Enrique GANDÍA PÉREZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO .....	679
Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	
<b>SENTENCIAS COMENTADAS</b>	
Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, «El Dieselgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022) » .....	727
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio	

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO .....



## Usufructo atípico: sin posesión de los bienes y entrega de los frutos netos al usufructuario

**FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ**  
Catedrático de Derecho civil

### RESUMEN

*Junto al usufructo ordinario del sistema jurídico español, en que el usufructuario tiene la posesión y disfrute directo de los bienes gravados, hay otro usufructo no tipificado pero legalmente posible en que su titular no obtiene esa posesión, que retiene el propietario, quien debe entregar al usufructuario los frutos netos que produzcan aquellos bienes. Aunque la constitución y estructura de ambos apenas difieren, el contenido y efectos, y la posición jurídica de propietario y usufructuario son muy distintos.*

### PALABRAS CLAVE

*Usufructo, tipicidad/atipicidad, goce usufructuario, frutos netos.*

## Atypical usufruct: without possession of the goods and delivery of net fruits to the usufructuary

### ABSTRACT

*Along with the ordinary usufruct of the Spanish legal system, in which the usufructuary has direct possession and enjoyment of the encumbered assets, there is another usufruct, not typified but legally possible, in which the holder does not obtain such possession, which is retained by the owner, who must deliver to the usufructuary the net fruits produced by such assets. Although the constitution and structure of the two hardly differ, the content and effects, and the legal position of the owner and usufructuary are very different.*

**KEYWORDS**

*Usufruct, typical/atypical, usufructuary enjoyment, net fruits.*

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Su posición en nuestro sistema jurídico.*—III. *Naturaleza jurídica del usufructo sin posesión, y percepción directa de los frutos de la cosa.*—IV. *Constitución de este usufructo.* 1. Su trascendencia. 2. La constitución de este usufructo. A) *Punto de vista formal del acto constitutivo.* B) *Punto de vista material (contenido) del acto constitutivo.* C) *Inscripción en el Registro (para el usufructo de bienes inmuebles).*—V. *Estructura de este usufructo.* 1. Elementos personales. 2. Elementos reales.—VI. *Régimen funcional de este usufructo. Contenido. Efectos.* 1. Posición jurídica del usufructuario. A) *Derechos del usufructuario.* B) *Obligaciones del usufructuario.* 2. Posición jurídica del nudo propietario. A) *El propietario, retentor de la posesión de la cosa. Consecuencias.* B) *El propietario, deudor y pagador de los frutos netos.* C) *El propietario, centro de responsabilidades en el usufructo atípico.* 3. Extinción de este usufructo. A) *Causas de extinción.* B) *Efectos de la extinción.*—Bibliografía

**I. PLANTEAMIENTO**

El usufructo, institución interesante en múltiples aspectos tanto en el orden vivencial como en el estrictamente jurídico, al lado de notables ventajas socioeconómicas que doy por conocidas comporta no pocos inconvenientes de gestión en su vida y desarrollo efectivo, en el contexto individual y social en que se desenvuelve. La antigüedad y complejidad de su régimen normativo en nuestro sistema jurídico da lugar con frecuencia a problemas complicados y soluciones insatisfactorias para los interesados en cuanto a conservación, reparaciones, mejoras, compensación con daños, cambio del destino de la cosa usufructuada, etc.

Destacan también otros inconvenientes en el tráfico jurídico: el poco aliciente para hacer inversiones y mejoras en la cosa usufructuada, para el usufructuario porque no es suya y el disfrute es solo temporal, y para el nudo propietario porque al no disfrutarla se desinteresa por ella; el obstáculo que la disociación usufructo/nuda propiedad supone en la circulación de los bienes, que desincentiva; la aleatoriedad de su duración lo hace poco propicio para la constitución-transmisión a título oneroso; el problema de coordinar los intereses enfrentados de usufructuario (a quien interesa más el rendimiento inmediato) y nudo propietario (garantía de conservación, perspectiva de futuro), agravada muchas veces por la situación personal del primero, más rentista que gestor activo. Tales inconvenientes están presentes en ciertas críticas de la doctrina moderna a este instituto, que no se

adapta ya bien, en una sociedad económicamente dinámica, a sus prácticas y requerimientos socio-económicos<sup>1</sup>.

Es conocida la sugerencia de Carbonnier, que proponía hace unas décadas una reorganización de las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, basada en la comunidad de intereses, y que al lado del usufructo clásico (con goce directo y administración por el usufructuario), sería útil construir una variante en la que el titular del derecho real tuviera solo el goce fructuario, sin la administración, quedando ésta al nudo propietario<sup>2</sup>. Así se evitarían —dice— los inconvenientes de una gestión por personas mayores; y sugiere la conversión del usufructo en renta vitalicia a petición del nudo propietario. En el mismo sentido, cierta doctrina alemana<sup>3</sup>. La crítica e ideas apuntadas por el civilista francés son aplicables al usufructo de nuestro ordenamiento jurídico, que ha dejado irresueltos los problemas clásicos del instituto, y el que ellos diseñan con su regulación no responde a las necesidades del usufructo y la sociedad, más compleja, del siglo XXI.

Aquellos inconvenientes y problemas de gestión de ciertos usufructos, acentuados en las últimas décadas por los cambios en la vida socio-económica (bienes complejos y patrimonios nuevos), y la sugerencia de Carbonnier, invitan a pensar en la posibilidad teórica y práctica de un usufructo distinto del ordinario y tipificado; otro, en el que el nudo propietario retenga la posesión y administración de los bienes usufructuados y el goce del usufructuario se limite a los frutos netos de esos bienes que le entregará el primero. Esa sola idea comporta un

<sup>1</sup> Refiriéndose al usufructo viudal y calificarlo como arcaico y más adecuado a estructuras sociales estáticas de otrora, dice SALVADOR CODERCH, P. que «en una sociedad económicamente más dinámica y, sobre todo, más articulada, en la que los protagonistas del hecho sucesorio son cada vez más numerosos pero menos ricos, la solución usufructuaria resulta engorrosa e insuficiente. Se usufructúa una finca rústica pero no un piso urbano; eso normalmente solo cabe usarlo y a ese respecto más que degradar el usufructo en uso, corresponde elevarlo a propiedad o copropiedad» («El usufructo viudal intestado en el Derecho catalán», *RJC*, 1986, p. 301). Véase también mi libro *Usufructo, uso y habitación*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 3.ª ed, 2020, pp. 67 ss.

<sup>2</sup> «A côté de l'usufruit classique, où l'usufruitier a à la fois la jouissance et l'administration, il serait utile de construire un diminutif, dans lequel le titulaire du droit réel n'aurait que la jouissance, sans l'administration, celle-ci restant au nu-propiétaire. Par là pourraient être évités les inconvénients d'une gestion par des usufruitières âgées» (*Droit Civil*, t. II, Paris [Presses Universitaires de France], 1962, p. 115).

<sup>3</sup> WESTERMANN, tras aludir a las restricciones que tiene el usufructuario en el disfrute del bien (mantener el destino económico que tenía la cosa, y consecuencias) cita a Beyerle como «partidario de admitir un usufructo consistente en que el titular reciba una parte de los frutos de la cosa (o todos), que sigue siendo explotada económicamente por el propietario; a su juicio, eso representaría una forma útil en la práctica para el gravamen [con usufructo] de empresas». El, sin embargo, no cree admisible establecer como contenido del usufructo el deber del propietario de llevar a cabo la explotación económica del inmueble: WESTERMANN-GURSKY-EICKMANN, *Derechos Reales*, 7.ª ed., traducción de Cañizares Laso, Miquel González, Rodríguez Tapia y Rodríguez-Rosado, vol. II, Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 2007, p. 1397.

cúmulo de interrogantes, tan interesantes como necesitados de análisis y respuestas. Es mi propósito explorarlos.

Por otro lado, un usufructo en que el titular percibe los frutos y rendimientos de los bienes usufructuados sin gestionarlos él no es desconocido por nuestro sistema jurídico. Así, en el caso de no prestación de fianza por el usufructuario puede el nudo propietario retener la entrega de los bienes al primero con derecho de éste al producto líquido de su rendimiento, según hipótesis y soluciones varias que brinda el artículo 494 CC. Y en caso de mal uso de la cosa usufructuada por parte del usufructuario que cause considerable perjuicio al propietario, puede éste pedir que se le entregue la cosa obligándose a pagar a aquél el producto líquido de su explotación, en los términos que establece el artículo 520 CC.

Se trata en estos casos de sendos usufructos –porque éste continúa vigente antes de la entrega de los bienes por falta de fianza, o en caso de desposesión por mal uso–, en que no tiene el usufructuario la posesión y gestión de la cosa pero sí el goce y percepción de su rendimiento. Aquellos dos supuestos se dan dentro del régimen ordinario del instituto como incidentes previsibles en la vida jurídica del usufructo: es decir, en casos ordinarios del mismo con solución legal. El «usufructo sin posesión» –llamémoslo así provisionalmente– por el que me pregunto podría ser el resultante de una constitución del siguiente tenor (o parecido): «lego a Antonio el usufructo de la finca X, cuya posesión y explotación conservará el nudo propietario, quien entregará al usufructuario los frutos netos que rinda la finca». Esa no tenencia material o jurídica de la cosa usufructuada por el usufructuario pero sí percepción de frutos o rendimientos económicos, que propongo como hipótesis de trabajo por ahora, no es usufructo residual –situación devenida de uno ya existente con problema propio– sino de origen voluntario; un usufructo constituido *ex novo* con propósito específico y aquella particularidad *ab origine*. El que sugiero es usufructo autónomo con entidad propia y diferenciada del régimen ordinario de la institución, que lo hace un usufructo de excepción –sus reglas y soluciones hacen efectivamente excepción a las ordinarias o genéricas del tipificado en nuestro ordenamiento– y no un usufructo especial. Los presupuestos de ese usufructo sin posesión son distintos de los del ordinario: se prevé ya por hipótesis que el usufructuario no va a recibir la posesión y administración de los bienes gravados, elemento esencial del tipificado en nuestro sistema jurídico. No es una variante de éste, dentro de su régimen general y ordinario, sino un usufructo que se aparta de ese régimen en la intención del constituyente así como en su concepción y en su funcionamiento.

Ese apartarse del régimen ordinario del instituto en los términos dichos ¿le permite seguir en el ámbito del usufructo? ¿Es realmente usufructo o es quizá un derecho de otra clase? Para responder a estas preguntas es preciso establecer qué elementos y caracteres definen al usufructo institución, qué es un usufructo. Pues bien: pienso que este instituto como género viene definido (elemento esencial) por el goce omnicomprendido de una cosa ajena –distinto, por cierto, del disfrute que proporcionan a su titular otros *iura in re aliena*<sup>4</sup>– y por la temporalidad. No importa tanto a ese efecto cómo se obtenga aquel goce –por posesión inmediata de la cosa gravada o por percepción directa de su rendimiento económico (recuérdese: arts. 494 y 520 CC; pero también en el usufructo de derechos)– cuanto que sea omnicomprendido, que lo sea de todos los aprovechamientos posibles de la «cosa», al menos cualitativamente (porque cuantitativamente puede serlo de parte de los frutos: art. 469).

En vista de ello yo creo que el usufructo sin posesión por el que me pregunto es, en efecto, un verdadero usufructo, quizá una especie del género usufructo, cuyo elemento sustancial definidor concurre en él; aunque difiere del tipificado en lo no sustancial, como es la forma de disfrute de la cosa gravada porque así lo ha querido el constituyente; pero goce todavía según la técnica jurídica del usufructo, cuyos frutos reserva al favorecido. Es un *ius in re aliena* en tanto que grava una cosa según los esquemas formales de los derechos de goce de esa clase, precisamente el del usufructo, por percibir su titular los rendimientos económicos siquiera de forma indirecta, no por disfrute directo e inmediato. Conserva ese ente jurídico problemático los caracteres típicos del género e institución usufructuaria: goce omnicomprendido y ser un derecho real cuya «realidad» es idéntica a la del usufructo ordinario (vinculación jurídica directa de la cosa al goce del titular); es un derecho real limitado al goce de la cosa; y limitativo del derecho de propiedad, en tanto que gravada. Difiere, sí, del usufructo típico de nuestro tráfico jurídico en que el titular no recibe la cosa para gozarla directamente, sino solo su rendimiento económico; pero ya hemos visto (arts. 494 y 520 CC) que la tenencia y explotación directa de la cosa es elemento esencial solo al usufructo-tipo, y que éste existe y funciona como tal en ocasiones aunque no la haya.

---

<sup>4</sup> La diferencia entre la posesión del usufructuario y la de los titulares de otros derechos reales posesorios radica en el ámbito limitado de posesión de éstos (servidumbre, prenda), frente a la amplia exigencia y posibilidad posesoria en el usufructo: sencillamente, porque en éste hay un derecho de goce de contenido general, al que sirve esa posesión inmediata (sin perjuicio de otras variantes). Cfr. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2.<sup>a</sup> ed., Napoli-Torino, 1931-1936, t. II, p. 97, donde dice que «il diritto al possesso forma un elemento essenziale dell'usufrutto, quantumque sia subordinato alle condizioni dell'adempimento o della dispensa dagli obblighi dell'inventario e della cauzione»; y PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972, pp. 279-280.

## II. SU POSICIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Más interrogantes ante esta nueva *species iuris*. Como usufructo excepcional, que rompe los esquemas del tipificado en nuestro Código civil (y en los ordenamientos catalán y navarro), ¿cabe y es viable jurídicamente en nuestro sistema jurídico un usufructo sin posesión ni administración por su titular de los bienes gravados sin ruptura de sus principios?; ¿dentro de qué márgenes lo sería sin romper el marco intelectual y normativo de fondo del sistema?

Hablando de posibilidad partamos de la realidad social, lo que hay o puede darse en la vida real. No hace falta mucha imaginación para pensar en una persona, un testador, que quiere favorecer a otra (un esposo a su futura viuda, un hijo a su madre de edad avanzada con pocas aptitudes físicas y psíquicas) que en lugar de dejarle en testamento el usufructo (ordinario) de sus bienes (a veces de difícil gestión: una empresa en explotación, una importante cartera de valores mobiliarios, un bloque de viviendas y locales comerciales) opta por dejarlos en propiedad, que será nuda, al hijo o el hermano que ya los viene explotando, situación que continuará, con la carga de entregar a aquélla los frutos y rendimientos de esos bienes. Esa situación y solución ya se da en la sociedad y en la vida real: ocurre por sencilla y razonable en el caso de bienes en usufructo de difícil gestión-explotación o por ineptitud concreta del usufructuario: en vez de dejárselo como usufructo ordinario y necesaria gestión propia, reciba los frutos netos de tales bienes.

Volviendo a la pregunta inicial, en mi opinión no cabe duda de la posibilidad y viabilidad jurídica de aquel usufructo en nuestro ordenamiento. La elasticidad de éste y los principios que lo informan –sobre todo el de la autonomía privada y el de *numerus apertus* en derechos reales– permiten configurar un derecho de usufructo en que el usufructuario tenga un goce de la cosa sin necesidad de poseerla ni gestionarla directamente. Es, pues, cuestión de voluntad individual, de autonomía privada; va a depender de la configuración (estructura, función, contenido) como usufructo en el título constitutivo, de la que resultará en primer lugar su entidad jurídica (naturaleza y función de usufructo), y luego la estructura y contenido efectual del derecho creado. En el orden práctico significa que el constituyente del usufructo quiera canalizar bajo esa forma precisamente el gravamen que impone a los bienes en beneficio de una persona, a quien dispone que se le entregue únicamente el rendimiento económico de tales bienes pero no ellos mismos.

He fundado aquella posibilidad en la autonomía privada. Sí, pero ¿en qué contexto y dentro de qué márgenes?; porque aquí, como en

casí todos los ámbitos jurídicos, la cuestión principal va a depender de los límites en que nos movamos. De la autonomía privada referida a los derechos reales dijo la R DGRN de 13 mayo 1987 que debe respetar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas y las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario y que interesan no solo a los propietarios actuales, sino también a los terceros (cfr. R. de 21 diciembre 2011). Debe satisfacer determinadas exigencias, que las RR. de 20 mayo y 5 junio 1987 (RJ 1987, 3926 y 4835) concretaron en la existencia de una razón justificativa suficiente, la precisión de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, y respetar también el contenido esencial típico del derecho real en cuestión junto a las características estructurales típicas del derecho real, en general: su inmediatez (posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa) y su absolutividad (deber general de abstención que posibilite su ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado) [R DGSJFP 25 abril 2005 (RJ 2005, 5173)]. Véase también la STS 6301/2013, de 10 diciembre<sup>5</sup>. Requisitos que puede cumplir sin duda nuestro usufructo sin posesión de la cosa gravada.

El problema más importante de la autonomía privada en cuanto a la creación de derechos reales es el de sus *límites* y el de su control. a) Hay, en primer lugar, unos *límites genéricos*, los del artículo 1255 CC. b) Otro límite general de la autonomía privada es el del respeto del núcleo o contenido esencial de cada derecho, de manera que no pierda las facultades fundamentales o poderes jurídicos que lo caracterizan como ese derecho —«aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo» (STC 11/1981, de 8 abril)—, porque si le son amputados o excluidos tales poderes típicos o le son impuestos al titular unos deberes o limitaciones que absorban plenamente su posición activa puede quedar afectada la función económico-social del derecho creado dejando de ser un derecho real típico. c) Hay otros *institucionales* (específicos) para cada derecho: por ejemplo, en relación con el usufructo, está vedada (norma imperativa) la perpetuidad; los usufructos sucesivos tienen el límite de las

<sup>5</sup> «Pero la constitución de un derecho real limitado (tradicionalmente denominado “sobre cosa ajena”) —dice esta sentencia, FJ 16—, como es un derecho de goce, exige el cumplimiento de una serie de requisitos. Su especial trascendencia, dadas las características de inmediatez y absolutividad a que se ha hecho referencia, exigen, en primer lugar, que sea objeto de constitución precisa y categórica, sin que pueda presumirse (sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1928, 1 de febrero de 1979, y núm. 1110/2002, de 26 de noviembre, en relación al derecho de superficie). Asimismo, y enlazando con lo anterior, la utilidad en que consista el derecho real, las facultades que se conceden a su titular, y la consiguiente limitación del dominio que conlleven, han de quedar adecuadamente precisadas [...]»

sustituciones fideicomisarias (arts. 781 CC y 561-15 CCC); en algún ordenamiento el usufructo es personalísimo e intransmisible (ley 411 FNN); etc.. Pues bien: también cabe nuestro usufructo cuestionado dentro de esos límites.

El medio jurídico idóneo para canalizar esa autonomía privada es, en primer lugar, el acto constitutivo del derecho real limitado (unilateral o bilateral), porque su causa negocial y la voluntad del constituyente atienden a intereses dignos de protección, en el marco de una función económico-social, y es más eficiente porque, salvo excepciones, va a tener alcance *erga omnes*. Este título constitutivo crea el derecho real referido a un bien concreto y con esa calidad; y establece el elemento fáctico y los presupuestos básicos de las normas aplicables y del efecto jurídico. Y configura el derecho que crea al dotar al bien afectado de un estatuto jurídico y al derecho de un contenido concreto (facultades, obligaciones, pero también a veces duración y extinción) que va a permitir identificarlo en el tráfico y ejercerlo su titular conforme a Derecho.

Para un correcto juego de la autonomía privada en la delimitación del régimen jurídico de los derechos reales de goce es presupuesto de la eficacia *erga omnes* que caracteriza al derecho real su oponibilidad a terceros –conceptos próximos, pero que no se confunden–. De esto va a depender en buena medida la tipicidad o no del derecho resultante, y su calificación como derecho real o personal. Para ello no basta la mera voluntad individual, sino que se requiere un control social, que va desde cierta legalidad hasta requisitos de forma y, sobre todo, de publicidad, actual o futura, por medio del Registro de la Propiedad para los inmuebles y con la posesión para los bienes muebles.

Pues bien: Nuestro usufructo sin posesión de la cosa gravada cumple sin duda los requisitos de la autonomía privada referida a los derechos reales, y cabe dentro de sus límites. Es, pues, viable jurídicamente en nuestro sistema jurídico un usufructo de esa clase sin ruptura de sus principios generales.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO SIN POSESIÓN, Y PERCEPCIÓN DIRECTA DE LOS FRUTOS DE LA COSA

Debo profundizar en algunas cuestiones apuntadas para dejar mejor justificada la entidad y naturaleza del usufructo que ahora estudio.

Vengo hablando de «usufructo sin posesión». ¿Son compatibles tales términos? Lo he dado por supuesto, a efectos dialécticos (hipó-



tesis de trabajo) y de primera idea de este usufructo y frente al ordinario o tipificado en nuestro sistema jurídico. Primera cuestión: ¿es de esencia al usufructo institucional la entrega y posesión de la «cosa» al usufructuario para que la goce con gestión personal propia?. ¿Es posible hablar jurídicamente de usufructo sin esa posesión?

El carácter fundamental de la posesión en relación con el disfrute (en sentido amplio) deriva de ser ella medio razonable e instrumento habitual para el goce de la «cosa». No la menciona expresamente el Código civil como facultad autónoma, pero va implícita en el régimen legal del instituto, que la da por supuesta, y la mayor parte de los artículos relativos a este derecho parecen presuponer esa posesión (cfr. especialmente los 491, 494, 495, 497, 500, 520, 522). De ahí que el usufructuario tenga en el usufructo ordinario una pretensión, a veces subordinada al cumplimiento de ciertos deberes previos (inventario, fianza), frente al tenedor actual de la cosa. La posesión del usufructuario supone una relación inmediata con la cosa en su uso, gestión y disfrute; que la cosa se encuentre en su esfera de poder de hecho con independencia de que él la utilice o no: la tenencia que se le concede es precisamente para que la disfrute a su discreción. En esa inteligencia la posesión del bien usufructuado es esencial al usufructo tipificado en nuestro sistema jurídico —en ello insistió con carácter general VENEZIAN y más tarde PUGLIESE para el italiano<sup>6</sup>—; no tanto como una posesión actual sino como alcanzable y no excluida.

Ahora bien: siendo posible y jurídicamente viable en nuestro ordenamiento el usufructo sin posesión efectivamente constituido, aunque no puede acceder al orden jurídico organizado ni serlo como típico, no hay inconveniente en principio en que exista jurídicamente ya que lo es como realidad social (alguien lo ha creado) y que se haya de regir inicialmente por las reglas que dicte el (o los) constituyente(s) al no poder quedar adscrito a la categoría del usufructo ordinario o tipificado. Si ha de ser usufructo, pues, lo será como atípico, que también es correcta juricidad, dentro de ciertas coordenadas (las de la atipicidad).

¿De qué atipicidad se trata, dentro de qué límites? La atipicidad, aquí como en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, el contractual), solo puede ser explicada por contraste y a diferencia de la tipicidad —conceptos relativos ambos, sin embargo—, como antítesis pero en el mismo plano jurídico y valorativo, bajo las mismas coordenadas (no en irracional o desordenado enfrentamiento). Pues bien: si la *tipicidad* se da cuando una función económico-social valiosa y

<sup>6</sup> VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., p. 97; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., pp. 279-280.

protegible, decantada a través de ciertos esquemas de relaciones interpersonales que la satisfacen, es reconocida y recogida en un sistema jurídico mediante tipos legales en que cristaliza, en la *atipicidad* no ha habido tal reconocimiento formal a una función económico-social valiosa y digna de protección: ese no reconocimiento formalizado es lo único que le falta. En ciertos casos o parcelas de nuestra realidad vital, el interés y la función social pueden ser igualmente valiosos, atender a intereses razonables en los que no ha reparado todavía el legislador, pero merecedores de protección (porque no son ajurídicos), y acceden al orden jurídico por otro conducto, de otra forma, como atípicos.

La constitución de un derecho real limitado atípico exige, junto a los límites institucionales específicos antes mencionados, el cumplimiento de algunos requisitos, que la STS 6301/2013, de 10 de diciembre, expresa así: «[...] en primer lugar, que sea objeto de constitución precisa y categórica, sin que pueda presumirse (SS de 4 julio 1928, 1 febrero 1979, y núm. 1110/2002, de 26 noviembre, en relación al derecho de superficie). Asimismo, la utilidad en que consista el derecho real, las facultades que se conceden a su titular, y la consiguiente limitación del dominio que conlleven, han de quedar adecuadamente precisadas. No son admisibles derechos reales de contenido impreciso que sometan el dominio a limitaciones genéricas, indeterminadas y susceptibles de interpretaciones extensivas, y respecto de los que los terceros no puedan conocer con precisión su alcance y duración y, por tanto, los contornos de su deber de respeto»<sup>7</sup>. El que atiendan a intereses dignos de protección y cumplan una función económico-social valiosa va implícito en la causa del negocio constitutivo.

Creo que es en ese terreno donde hay que situar jurídicamente el problema de la entidad y naturaleza del usufructo sin pose-

<sup>7</sup> La Dirección General de los Registros [hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, DGSJFP] ha hecho precisiones importantes a este respecto. Así, la Resolución de 13 mayo 1987 (RJ 1987, 3855) dijo que se debe respetar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas, y las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario e interesan no solo a los propietarios actuales, sino también a los terceros y, en general, a la economía (cfr. también R. de 21 diciembre 2011); debe satisfacer determinadas exigencias (cfr. RR. de 20 mayo y 5 junio 1987, antes citadas). Más recientemente la R. de 19 mayo 2016 proclama que el derecho creado «debe reunir los requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico, fundamentalmente que exista una causa justificada y que se respeten las exigencias impuestas a favor de terceros por el sistema registral»; y la R. de 5 septiembre 2017, a su vez, ha añadido que «la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatidad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado».

sión. Es usufructo, sí, como dejé acreditado; atiende a una función social y a intereses valiosos y dignos de protección, en los que no ha reparado todavía ni ha disciplinado el legislador, pero que están ahí, no fuera del Derecho, a la espera de una atención normativa y solución a algunos problemas concretos más o menos parecidos a los del usufructo ordinario y tipificado; pero huérfano por ahora de soluciones descritas en reglas concretas.

Si no me equivoco demasiado en ese diagnóstico socio-jurídico de la realidad que intento calificar, resulta que el usufructo sin posesión es un *usufructo no tipificado (atípico)*, términos ambos que, aun abiertos, constituyen la base de una calificación primaria y diferenciadora del usufructo ordinario, histórico y tipificado de nuestro ordenamiento. A partir de ahí su construcción efectiva debe quedar en todo caso dentro de ciertos parámetros jurídicos porque la atipicidad que permite aquel usufructo no es totalmente abierta para que el constituyente diga y haga lo que quiera en el diseño (estructura, mecánica funcional) de tal derecho sino dentro de las coordenadas y límites recién aludidos si se quiere que siga siendo usufructo.

¿Podría no ser usufructo atípico? ¿Qué otra calificación podría tener un ente jurídico que consiste en el gravamen de una cosa que garantiza a una persona, ya que no su posesión, la recepción y goce de sus frutos?. Podría ser un derecho real de goce en cosa ajena innominado, inconcreto en su denominación en el tráfico jurídico. Pero eso es muy poco decir, deja irresuelto el problema planteado. Si buscamos la calificación a partir del contenido de tal ente jurídico y efectos aludidos enseguida se infiere: a) que no puede ser usufructo tipificado por la no posesión; b) que no se parece a ningún otro *ius in re aliena* por la entidad y forma de disfrute; c) que, no obstante su diferencia con el usufructo ordinario del Código civil, es, sin duda, a éste al que más se parece en el goce de la cosa gravada, cuyo régimen funcional permite (hace obligada, a falta de otra solución mejor) remitir a la analogía. Resulta así que sin serlo en puridad se aproxima mucho al usufructo que he descrito como género.

De nuevo aquellas preguntas: ¿Qué es eso?; ¿un derecho real innominado parecido al usufructo?; ¿usufructo atípico?

No quiero ser rígido en mi posición ni dogmático en la defensa de mi calificación. Contestando a mi pregunta: pues quizá no sea usufructo, sino otro derecho real. No lo sé. ¿Cuestión de palabras, puro nominalismo?. Pero no importa, una vez identificado el objeto problemático, su estructura y régimen funcional. Cualquier calificación por la que optemos sirva solo a efectos dialécticos, con la puerta abierta a otra razonable.

Para cerrar esta cuestión, he aquí mi conclusión: hechas estas últimas salvedades, sigo pensando que el usufructo sin posesión es un *usufructo atípico* por modificación del típico, en el que hay efectos comunes y otros que difieren. Aunque no satisfaga plenamente –lo digo pensando en quienes no compartan esa opinión–, creo que es la calificación que mejor se acomoda a los presupuestos y a la funcionalidad del ente jurídico que estudio, que tiene menos inconvenientes y obstáculos oponibles para encajar en nuestro sistema jurídico (la menos mala?). En todo lo demás (constitución, estructura, contenido, la mayor parte de sus efectos) funciona según el esquema del usufructo genérico, diría ordinario, lo que va a permitir aplicarle el régimen legal –lo que no es cuestión teórica sino realidad práctica– del usufructo típico unas veces directamente y otras por analogía.

Aceptada, así, la posibilidad en nuestro sistema jurídico del problemático usufructo sin posesión, con la calificación dicha, paso a examinar ese nuevo ente jurídico de forma semejante (estructural y funcionalmente) a como se haría en un usufructo ordinario, cuyo régimen legal sigue siendo la imagen de fondo a que habrá que apelar consciente o inconscientemente.

#### IV. CONSTITUCIÓN DE ESTE USUFRUCTO

##### 1. SU TRASCENDENCIA

La importancia en general de este acto en la creación del derecho real se ve potenciada en la del «usufructo sin posesión» porque al ser atípico no cabe hacer remisión a un régimen general, salvo en cuestiones concretas, y se ha de verter en este momento jurídico buena parte de su régimen, al menos todo aquello que la atipicidad le niega.

La aludida importancia del título constitutivo del usufructo no radica solo en la creación *ex novo* de una relación interpersonal que va a permitir a una persona gozar de una cosa ajena, sino porque va a dotar al bien gravado de un régimen jurídico con eficacia real, de un estatuto jurídico que le va a acompañar en el tráfico de una forma especial, con una vinculación que trasciende las relaciones personales que le dieron origen y va a afectar a terceros. Esa dotación a la cosa de dicho estatuto jurídico convierte al título constitutivo (*lex privata*) en primera norma de su régimen jurídico, y solo en su defecto o por su insuficiencia se observarán las disposiciones legales pertinentes (cfr. art. 470 CC).

De tal consideración deriva la exigencia de una adecuada determinación de su contenido, sobre todo en lo que afecta a los datos y aspectos esenciales (contenido básico), en lo que ha insistido la jurisprudencia registral (cfr. las RR. DGSJFP. de 25 febrero 2014, 14 de julio de 2016 y 20 de febrero de 2018). A la hora de la constitución de un *ius in re aliena*, en general, el título constitutivo puede remitir, en cuanto a su contenido, a un tipo legal concreto. Pero es muy posible que el constituido sea un derecho atípico, cuyo contenido depende del título más que de la tipología legal, solo aplicable parcialmente o por analogía en el mejor de los casos. ¿Sería suficiente la denominación de *usufructo* para considerarla como una tácita remisión a ese tipo legal?. Creo que no porque nuestro usufructo atípico tiene unos efectos y un funcionamiento alejados del típico: nada menos que la no posesión y administración del usufructuario y un goce indirecto, lo que al establecerlo el título constitutivo veta la remisión. Pienso que solo podría suponer una remisión parcial en cuestiones concretas. En la constitución del usufructo atípico sin posesión, de ese título constitutivo voluntario interesará sobre todo su contenido profundo (más que lo formal), en cuanto expresión de lo querido por el constituyente o por las partes; lo que va a requerir en la práctica una cumplida descripción de todos los elementos personales y reales del usufructo, derechos y deberes de los interesados y cuanto permita conocer la voluntad del constituyente que en caso de conflicto de intereses permita hacer una delicada labor de interpretación e integración del título. Dato y momento jurídico este importante en la práctica porque va a definir sustancialmente su régimen jurídico.

Hay en la jurisprudencia –en ocasiones, no bien justificada– una interpretación estricta del derecho y del título constitutivo de derechos reales de goce en cosa ajena que alcanza al usufructo: «Es constante la doctrina jurisprudencial que aconseja al intérprete, en los casos dudosos, favorecer en lo posible al interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a la imposición de gravámenes, y por la concordancia con la presunción de libertad de los fundos» (STS de 9 mayo 1989). La razón eminente de aquella filosofía interpretativa se halla en el principio de la libertad del predio gravado y su dominio, porque –dícese– el usufructo constituye una limitación del poder del propietario, y el dominio, dada la pluralidad potencial de su dominación y generalidad de su contenido, se presume libre (cfr. SSTs de 23 enero 1947 y 24 noviembre 1960 [RJ 1960, 3761]; también las de 20 junio 1986, 21 diciembre 1987, 11 octubre y 23 diciembre 1988), y

solo puede quedar limitado por una clara y determinante voluntad de gravamen por parte de su propietario.

La tesis de una general interpretación restrictiva de estos derechos, consecuente con la visión decimonónica de la relación propiedad-derechos reales y preponderancia de la primera, y con la aludida libertad y plenitud de la propiedad frente al derecho real limitador, no se corresponde con la consideración actual, en que la propiedad gravada no se halla en situación de superioridad social, ética o jurídica respecto de los derechos reales que la gravan, sino integrados todos en el estatuto jurídico de la cosa bajo la protección y disciplina del ordenamiento. Es, por otro lado, demasiado general y unilateral esa posición, porque no habría lugar a modificar, en principio, el régimen general de la interpretación de los actos y de las normas jurídicas. El criterio de interpretación restrictiva de una norma solo debe aplicarse en cuanto ésta exceda de su *ratio* específica. Por ello, pienso yo que no siempre ni necesariamente tenga que ser restrictiva la interpretación de aquel régimen jurídico. No la rechazo de plano; solo su generalidad y unilateralidad<sup>8</sup>.

## 2. LA CONSTITUCIÓN DE ESTE USUFRUCTO

El acto constitutivo es un negocio unilateral por el que el constituyente dispone (inicialmente, solo eso) del *ius utendi fruendi* de un bien del que aquél tiene una titularidad idónea. Ese acto de disposición del bien gravado crea *ex novo* el derecho autónomo a partir del derecho matriz, como acto previo a la atribución a quien va a ser su titular —el primero es presupuesto de la segunda, y ambos independientes entre sí, salvo pocas excepciones—, aunque en el plano jurídico se manifiestan casi siempre de forma unitaria y coinciden ambos actos y efectos bajo la forma de

---

<sup>8</sup> La cuestión es un poco más compleja de lo que *prima facie* se presenta —he dicho en mi libro *Los derechos reales de goce en cosa ajena*, Cizur Menor, 2019, p. 79—. Creo que hay que distinguir: a) Puede ser restrictiva esa interpretación en todo aquello en que el régimen concreto *ex voluntate* comporte limitación de la propiedad [...], o aumente particularmente, en un caso determinado, las restricciones legales del dominio. En este punto operará de forma natural y razonable, sin automatismo ni por necesidad, el criterio jurisprudencial (y doctrinal) de la interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos: no más. b) No habrá de ser (y menos necesariamente) restrictiva la interpretación, en cambio, en lo que atañe a relaciones puramente obligacionales entre los sujetos de la relación propiedad-derecho real limitado (frecuentes, e importantes); ni tampoco en la interpretación del título constitutivo, como negocio jurídico, en general y en lo que no sea limitativo del dominio. [...] En estas dos cuestiones se sujetará la interpretación e integración del régimen jurídico, voluntario o legal, del derecho real de goce a los criterios hermenéuticos generales, según las reglas conocidas —que no son iguales, por cierto, para los negocios *inter vivos* y los actos *mortis causa*—.

«título de constitución»<sup>9</sup>, que crea no una abstracción, sino un determinado derecho real limitado con un contenido concreto, definido por la voluntad del constituyente. El acto de constitución del usufructo tiene también la trascendencia de su doble eficacia: junto al aludido *efecto atributivo* de éste aparece un efecto fundamental, como *negocio de destinación*, que deviene causa (justo título) de su particular régimen jurídico, al determinar la forma de utilización y goce del bien, con efectos no solo respecto del titular del derecho creado, sino frente a terceros por la naturaleza real de este último.

Los medios o procedimientos jurídicos de *constitución-adquisición del usufructo* en Derecho español son varios, no solo en atención al título (es distinto el mecanismo adquisitivo de tipo contractual que el sucesorio, y en éste el de herencia o legado), sino a las modalidades específicas: vía *traslatio* o vía *deductio*; todo lo cual es válido y aplicable al «usufructo sin posesión» que interesa ahora. La constitución del usufructo, también el «nuestro», exige el cumplimiento de ciertos requisitos: (i) por un lado, que sea objeto de constitución precisa y categórica, sin que pueda presumirse (cfr. SSTS de 1 febrero 1979 y 26 noviembre 2002); y (ii) que las facultades que se concedan a su titular, y la consiguiente limitación del dominio que conllevan, han de quedar adecuadamente precisadas, porque no son admisibles derechos reales de contenido impreciso que sometan el dominio a limitaciones genéricas, indeterminadas y susceptibles de interpretaciones extensivas, y que los terceros no puedan conocer con precisión su alcance y duración (STS de 10 diciembre 2013).

Cabe reproducir para el usufructo atípico los conceptos, procedimientos y clases de constitución genérica del usufructo, con la salvedad de que solo cabe la constitución por acto voluntario de tal usufructo, por lo que centraré en ese acto lo que diga sobre esta materia, distinguiendo el punto de vista formal (acto constitutivo) y el punto de vista material o de fondo (contenido del acto). Veamos, brevemente.

#### A) Punto de vista formal del acto constitutivo

En nuestro sistema jurídico no hay un negocio jurídico típico para constituir usufructo; puede hacerse por negocio *inter vivos* tipificado (compraventa, donación, permuta, aportación a la sociedad)

<sup>9</sup> En ello insiste la doctrina italiana: cfr. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, en el *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dir. Cicu y Messineo), Milano (Giuffrè Ed.), 1979, p. 70; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., pp. 121 ss. y 157 ss.

o atípico, o *mortis causa*. En todo caso el negocio constitutivo de usufructo debe ser el medio negocial idóneo para obtener la constitución precisamente de un usufructo, institución con entidad, estructura y régimen propio; y estará sujeto a la disciplina (requisitos, régimen, efectos) del tipo negocial elegido; si es atípico, al régimen general del acto negocial constitutivo (contrato, testamento). Y, como tengo dicho, además de la creación de posiciones jurídico-personales determinadas (las de usufructuario y nudo propietario), se constituye un régimen jurídico especial para un bien, una situación jurídica objetiva, con eficacia *erga omnes*. Únicamente queda constituido usufructo cuando los caracteres y eficacia en lo creado son los de un derecho real en cosa ajena, y su contenido el institucional del usufructo. Pero no será usufructo el ente jurídico creado porque así lo llame el constituyente, sino porque objetivamente lo es por reunir los requisitos subjetivos, objetivos y formales exigidos legalmente, aptos y suficientes para alcanzar la eficacia típica de este instituto.

Viniendo ya al «usufructo sin posesión», valga cuanto acabo de decir de la constitución de usufructo, en general. Ninguna particularidad en cuanto a los requisitos de capacidad del constituyente, y de legitimación (muy amplia para cualquier usufructo) y poder de disposición del mismo para llevarlo a cabo. En cuanto a la *forma* del acto de constitución *inter vivos*, a falta de regla especial se aplicarán las generales: libertad de forma, como regla general. La STS de 21 diciembre 2006 ha dicho que «cabe [la constitución de usufructo] por simple acuerdo de los interesados». Se precisa forma pública cuando se trate de inmuebles y el acto sea gratuito, porque la cesión gratuita de usufructo es equivalente a donación (STS de 11 noviembre 2010) y es requisito esencial para la validez de la donación de inmuebles la escritura pública –SSTS de 26 junio y 30 abril 2012 y 22 abril 2013, ésta sobre usufructo vitalicio otorgado en forma verbal; y S. de 11 junio 2014, que lo justifica en ser bien inmueble el propio usufructo sobre inmueble–.

## B) Punto de vista material (contenido) del acto constitutivo

El objeto del negocio (título) constitutivo del usufructo no es el bien gravado sino el propio usufructo. Por tanto, los requisitos objetivos de dicho acto deben ir referidos al usufructo (también del atípico), y adaptarse a él: *a)* El requisito de la *posibilidad* atiende a la del usufructo constituido, y para que éste tenga lugar es preciso que lo sea la cosa usufructuada (aptitud para ser disfrutada). *b)* *Licitud*: la del usufructo comporta que el bien sobre el que recae sea jurídicamente



idóneo para ser objeto de un negocio jurídico, y habrá ilicitud si la cosa o su explotación lo es. c) *Determinación o determinabilidad* del bien usufructuado y del contenido del usufructo. En cuanto al bien, debe quedar correctamente individualizado, tanto en sentido sustantivo cuanto a efectos registrales (principio de especialidad). Por lo que concierne al contenido del usufructo es importante que conste que el goce consiste en los frutos o el rendimiento económico de la cosa, que entregará el nudo propietario (o la persona que la explote por su encargo, también que concretar) en lugar de la entrega de la posesión y goce directo por el usufructuario; y, en su caso, si el goce es parcial o temporal. La determinación del contenido objetivo puede ser *per relationem*, con tal de que sea suficientemente concreta y reúna los requisitos antes dichos; y ser inicial o sucesiva, si quedan sentadas en el título constitutivo las bases y datos bastantes para la determinación futura.

### C) Los usufructos legales y nuestro usufructo atípico

El usufructo atípico sin posesión solo puede ser constituido, dada su naturaleza y caracteres, bajo forma voluntaria, por lo que los usufructos legales, cuya causa y nacimiento a la vida jurídica se produce de forma automática una vez concurren los requisitos del supuesto de hecho correspondiente, son poco aptos para tener aquella atipicidad porque al ser «legales» hay que entenderlos como concibe la ley el usufructo, que es el típico (con posesión y administración de su titular). Mas es posible tal constitución, sin duda. El prototipo es aquél en que el testador haya atribuido la legítima del viudo (art. 834 CC) «por cualquier título» *ex* artículo 815 y lo haga en forma de usufructo precisamente como atípico sin posesión –y otros semejantes de los Derechos autonómicos (cfr. art. 255 LDCGallego)–. Otros casos: si los interesados deciden concretar en esa forma usufructuaria el contenido de un derecho sucesorio; o cuando una persona se vea obligada a pedir la constitución formal sobre bienes para la creación del usufructo y ésta se haga por resolución judicial o por acto voluntario. También la autonomía privada permite a nudo propietario y usufructuario pactar la transformación o modificación del usufructo (así, el viudal aragonés, art. 291 CDF Aragón) y en ese marco normativo convertirlo en uno atípico sin posesión.

Aunque no son usufructos legales *stricto sensu*, hay en nuestro sistema jurídico algunos usufructos tipificados como voluntarios universales a favor del cónyuge viudo con función social y jurídica semejante a los legales: el caso más claro es el del usufructo universal

del cónyuge viudo del Código civil, que aun no regulado directamente se da cuando el causante le deja a título de heredero o legatario todos los bienes hereditarios –también el usufructo poderoso (art. 91 y ss. LDCVasco) y el usufructo universal voluntario vasco (art. 57): como voluntarios que son pueden ser constituidos con una estructura y función del usufructo atípico que aquí estudio.

#### D) **Inscripción en el Registro (para el usufructo de bienes inmuebles)**

La naturaleza de derecho real del usufructo (también del sin posesión) permite su acceso al Registro de la Propiedad (art. 2-2.º LH). En tanto que derecho real limitado y limitativo, debe constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recae (art 13 LH). El título (material) que se inscribe es el de su constitución o su declaración; el título formal será la escritura pública o la resolución judicial pertinente (art. 3 LH), que debe identificar la finca afectada, el acto jurídico de la constitución del usufructo, el contenido del derecho (art. 9-d) LH, y 51-5.ª y 6.ª RH); y en el aspecto subjetivo, que sea otorgado por persona legitimada para ello, o, si el título es judicial, que ese interesado haya sido parte en el proceso correspondiente (arts. 1 y 38 LH).

En cuanto a su práctica, *a*) si se trata de constitución por el propietario por acto *inter vivos* y por vía de *traslatio*, se inscribirá la escritura de enajenación onerosa o gratuita por la que se transfiere el usufructo; idéntica mecánica si el usufructo ya existía y estaba inscrito a nombre de persona distinta del propietario. *b*) Si es por vía de *deductio* –poco hábil, ciertamente, para este usufructo– se inscribirá la transmisión de la nuda propiedad a favor del adquirente con la reserva del usufructo para y a nombre del transmitente: cfr. R. de 25 febrero 1992, sobre donación de la nuda propiedad y reserva del usufructo para el donante y fallecido él, con carácter sucesivo a favor de su esposa, cuya aceptación no constaba; y la R. 3 mayo 1994. *c*) Si la constitución es *mortis causa* el título es el testamento, los capítulos matrimoniales (heredamiento), la declaración judicial o el acta notarial de declaración de herederos (cfr. art. 14 LH, redacc. ley 29/2015), acompañados de certificación de defunción y de últimas voluntades (art. 76 RH).

Esos títulos deberán reunir los requisitos y circunstancias generales (arts. 9 LH y 51 RH); en su caso, con la aceptación del donatario (cfr. R. 23 septiembre 1992). Es necesario en todo caso determinar con claridad quién es el usufructuario (R. de 22 abril 2003). Deberá cuidarse la inscripción del usufructo si hay modalizaciones

que influyan en su contenido o desarrollo (cfr. art. 51-6.<sup>a</sup> RH): si es vitalicio o sometido a término o condición, simultáneo o sucesivo, si hay facultad de disposición y en qué condiciones y alcance, etc. Véase STS 6301/2013, de 10 diciembre, y RR. DGSJFP. de 4 mayo 1944 (relativa a un goce usufructuario parcial, que exigió su cumplida concreción) y de 30 junio 2009.

## V. ESTRUCTURA DE ESTE USUFRUCTO

Es prácticamente la misma que la del usufructo ordinario. Hay, sin embargo, alguna particularidad que merece atención aquí.

### 1. ELEMENTOS PERSONALES

Son los mismos que en el usufructo tipificado: usufructuario y nudo propietario, éste aunque no tenga apariencia de tal por conservar la tenencia y posesión de los bienes: lo que le hace «nudo» es el ser gravados los bienes que posee y explota con la carga de la entrega de los frutos a otra persona. Ninguna particularidad por lo que respecta a *nudo propietario* y *usufructuario* en cuanto a su identidad, caracteres, requisitos y función, que no difieren de las del usufructo ordinario –salvo que la imponga el título constitutivo, claro–. En cuanto al usufructuario puede ser individual o plural (marido y mujer, por ejemplo), y en este caso los usufructuarios llamados pueden ser simultáneos (comunidad de tipo romano y germánico) o sucesivos, con problemas y soluciones semejantes a los del usufructo típico ordinario. Aunque de importancia secundaria, es frecuente que el usufructuario sea persona poco apta (por edad, enfermedad u otras limitaciones) para la gestión o explotación de los bienes usufructuados, lo que con este tipo de usufructo se intenta evitarle. Se da también en el ámbito familiar, en que aquella situación es más conocida.

Además de esos sujetos típicos del derecho de usufructo, es interesante para el que ahora estudio –porque no se da en el usufructo ordinario– la presencia de un eventual «gestor» distinto del propietario que se haga cargo de la administración y gestión o explotación de la «cosa» y entregue al titular del derecho el rendimiento económico en lugar de hacerlo el nudo propietario. Me refiero a la persona que asuma institucionalmente en sentido funcional la gestión de los bienes y la entrega de los rendimientos, en sustitución del propietario; no a la persona que colabora puntualmente con el nudo

propietario bajo cualquier forma jurídica, le ayuda en aquella explotación y lo hace también de los bienes usufructuados; o solo entrega los frutos al usufructuario por encargo del propietario en la calidad negocial o de hecho que fuere. La calificación jurídica de aquel «gestor» (frente a este mero colaborador) institucionalizado en esos términos, dependerá de cómo lo designó el constituyente (mandatario, arrendamiento de servicios o de obra, etc.), a cuya calidad habrá de atenerse en su relación con este, además de su papel y función en el usufructo. Tampoco es ese gestor representante del propietario, salvo que lo sea por otro motivo (tutor del propietario menor de edad o discapacitado, apoderado con poder suficiente), sino titular de un rol jurídico independiente de los otros y con autonomía funcional en los términos dichos.

## 2. ELEMENTOS REALES

Tampoco hay muchas novedades en este orden. Objeto de este usufructo (elementos reales) son (a) los *bienes fructíferos de cualquier clase*, incluidos los derechos, gravados en beneficio de persona distinta del constituyente, y (b) los frutos o *rendimientos económicos* de tales bienes que corresponden al usufructuario, de los que no goza directamente con la tenencia y gestión de la «cosa» sino que le serán entregados por el propietario que conserva la posesión (por definición).

a) De los *bienes objeto del usufructo* –que deben tener los mismos caracteres y requisitos que los del usufructo ordinario– es interesante preguntarse qué ocurrirá en el caso de que todos –cosa distinta si lo son solo en parte– sean improductivos de forma permanente e irreversible, no aptos para generar frutos o rendimiento económico que trasladar luego al usufructuario. ¿Qué hacer en este caso en que no se puede entregar frutos que no hay, que no han producido los bienes gravados? Bastaría inicialmente decir, con visión simplista, que ello no afecta al usufructo: sencillamente que no se puede entregar nada porque no lo producen los bienes gravados. Pero no parece suficiente quedarse en esa solución meramente negativa, que es tanto como hurtar una explicación razonable. ¿Podría reclamar el usufructuario que excepcionalmente (porque es excepcional para su derecho de goce) se le entregue el bien o bienes concretos improductivos para disfrutarlos con su mera tenencia y visión (una escultura u otra obra de arte)?. No creo que ésa sea solución porque contradice *ab initio* el presupuesto (no entrega de la cosa) que da identidad a este usufructo.

Pienso que cabe otro enfoque y solución: está en la propia calidad improductiva de frutos, que por no darlos la cosa provoca la inexistencia de goce, contra su concepto institucional, e impide el principal efecto de este usufructo. Esa ineptitud de la «cosa» para este derecho de goce afecta al acto y título constitutivo: determina su nulidad (por ausencia de objeto válido) y, en consecuencia, la ineficacia del título y del usufructo pretendidamente creado: no lo hay jurídicamente. Queda abierta la vía para que el interesado inste judicialmente la nulidad del título e inexistencia del usufructo.

b) En cuanto a los que vengo llamando *rendimientos económicos* de los bienes, constituyen los frutos propios de este usufructo (bajo esa acepción funcionan) aunque no sean «frutos» en sentido técnico-jurídico, cuya entrega al titular del derecho se hará en la forma que su naturaleza permita. Aunque por principio se entiende que corresponden al usufructuario *todos* los frutos que produzca la cosa usufructuada por mor de la omnicomprensividad de los mismos como regla general de la institución, el título constitutivo puede contener alguna referencia a este elemento, o modularlo: así, puede establecer que el usufructo comprenda todo o parte de los frutos que produzca el bien gravado (cfr. art. 469 CC), los de cierta clase de entre ellos, etc.: esto afecta a lo cuantitativo, no a lo cualitativo (la aludida omnicomprensividad). Esos «frutos» pueden ser muy variados: en lo fáctico, según los que proporcione la cosa gravada; y en lo jurídico, de cosas o de derechos, y naturales, industriales o civiles, entre otras clasificaciones. Por no ofrecer particularidad me remito al tratamiento genérico de esta cuestión para el usufructo, en general.

## VI. RÉGIMEN FUNCIONAL DE ESTE USUFRUCTO. CONTENIDO. EFECTOS

Así como para la constitución y estructura de este usufructo remitía *prima facie* al régimen general y normal de ese instituto y destacaba en el usufructo sin posesión aquello en que disienta o se apartaba del esquema general, que era poco, en lo que concierne al *régimen funcional* del ahora cuestionado hay que decir enseguida que los dos extremos que lo caracterizan e identifican frente al usufructo tipificado –la no posesión de los bienes y la entrega de su rendimiento neto al gozante– trastocan casi todos los efectos usufructuarios en mayor o menos medida y obligan a hacer una revisión de todo aquel régimen funcional; cuestión tan compleja que no es posible abordarla aquí cumplidamente sino presentar solo un

resumen, y de lo más relevante. Y ello ocurre porque esos dos elementos trascienden ahora a su régimen funcional de manera enérgica y distinta, casi opuesta al anterior: a) si en el usufructo tipificado casi todo va dirigido al cuidado de la cosa, porque la tendrá que restituir al final del usufructo el usufructuario, protagonista de los problemas que se planteen a ese respecto por ser él el poseedor (conservación, reparaciones, *salva rerum substantia*, mejoras, etc.), en el usufructo atípico su posesión corresponde al propietario, no hay que restituirla y preocupan menos los cuidados en su gestión; todo queda en manos del propietario, protagonista y epicentro de la problemática. b) En cuanto a los frutos que percibir por el usufructuario, si en el usufructo ordinario los producía y percibía directamente él como poseedor y administrador, en el usufructo atípico los gestiona el propietario y entrega solo los netos, lo que genera para él más problemas jurídicos (producción, determinación, qué frutos netos, ...) y un papel y función más complejos que en el usufructo ordinario.

De ahí un rico haz de cuestiones, prácticamente en los mismos terrenos que en el usufructo tipificado (goce y frutos, conservación de la cosa, reparaciones, fianza, frutos, mejoras, etc.) pero con perspectiva opuesta y soluciones diferentes. Examinó ahora el contenido y efectos desde las posiciones del usufructuario y del nudo propietario según los cánones al uso (derechos y obligaciones de uno y otro) no solo desde una perspectiva teórica sino real y práctica: como si ya tuviéramos delante un efectivo usufructo sin posesión correctamente constituido.

## 1. POSICIÓN JURÍDICA DEL USUFRUCTUARIO

Es una extraña posición la del usufructuario en este caso, demasiado sencilla aparentemente: solo la de recibir los frutos de la cosa, sin contacto con ella, poseída y explotada por el propietario. Pero ello es así solo en apariencia porque aun alejado de la cosa tiene un derecho sobre ella (titular del gravamen), al menos el de control de la gestión que haga el propietario en la producción de frutos, que le corresponden. Esto determina: i) en cuanto al usufructuario, que como titular del derecho le corresponden los frutos netos de la cosa y prácticamente ninguna obligación *stricto sensu*, sino ciertos deberes de colaboración para el mantenimiento del *status quo* inicial (conservación, reparaciones, algunas opciones de intervención); ii) que el propietario, aun actuando en esa calidad, tenga limitaciones en la gestión de la cosa y no pueda introducir a discreción innovaciones, incluso mejoras, que puedan afectar a la producción de frutos en eventual detrimento del usufructuario.

## A) Derechos del usufructuario.

a) *Goce usufructuario*. A falta de goce directo por posesión, tiene aquél, como en el usufructo típico ordinario, bajo el nombre genérico de frutos, derecho a la generalidad del goce del objeto de su derecho, de todos los frutos y utilidades no excluidos expresamente<sup>10</sup>. Las *utilidades* pueden ser otros rendimientos distintos de los frutos *stricto sensu*, que no siempre lo serán de los productos de los bienes, sino a veces obtenidas como consecuencia de relaciones jurídicas constituidas sobre bienes dentro de lo que pueden ofrecer según su destino económico; la forma de hacerlas llegar al usufructuario variará en función de su entidad económica y jurídica. La regla general de la omnicomprensividad del goce en el usufructo, de que no hace excepción el usufructo sin posesión, no impide que pueda establecerse otra cosa en el título constitutivo siempre que la exclusión de aprovechamiento no desnaturalice el usufructo como derecho de disfrute general; lo que traslada el posible problema al de los límites de ese goce general que se puedan introducir en el título constitutivo. El problema es más de índole cuantitativo que cualitativo.

b) Hablando de *límites del disfrute*, y desde otra perspectiva, interesa ver el sentido y el alcance del *salva rerum substantia* en este tipo de usufructo, si se da. La tipificada exigencia tanto al usufructuario (arts. 467, 487 CC) como al nudo propietario (art. 489) del *salva rerum substantia* en los respectivos ámbitos de actuación y como límite, indica el sentido institucional de garantizar a cada uno de ellos el ejercicio de sus derechos, la integridad física y funcional de la cosa usufructuada, y conjugar y preservar los intereses de ambos durante la vida del usufructo y no solo al final del mismo (STS de 20 julio 2010). En el usufructo atípico hay que referirlo al propietario como tenedor y explotador de la cosa, al igual que con el que lo es en el usufructo ordinario. Pues bien: sin entrar en el debate sobre el sentido y alcance del «conservar su forma y sustancia» del artículo 467 CC relativa al usufructuario que tiene que restituir la cosa, pienso que la conservación de la sustancia de la misma (también aplicable en manos del propietario), es la preservación de su entidad –tanto ontológica (identidad) como económico-funcional–, de

<sup>10</sup> Así lo viene entendiendo la jurisprudencia: la STS de 30 mayo 2000 aludió al «disfrute completo» de la cosa: «[...] el derecho de usufructo –concreta esta sentencia– otorga a su titular, en comparación con otros derechos reales similares, como los de uso y habitación, amplias facultades de goce y disfrute, que puede muy bien compartir, pero el derecho permanece íntegro y no por ello queda restringido o limitado, hasta el punto de que los nudos propietarios quedan prácticamente excluidos del disfrute, [...]»; la S. de 18 julio 1990 [RJ 1990, 5951] le atribuye toda clase de utilidades, aunque no sean frutos, y la STS de 3 noviembre 1988 se refirió a todos los frutos netos que produjera el bien usufructuado.

su naturaleza y esencia. Mas creo igualmente que con hermenéutica finalista y sociológica, hoy inevitable, ha de ser entendida en términos menos exigentes que algunos que fueron clásicos, porque un respeto riguroso del destino y forma inicial de explotación de la cosa puede resultar contrario no solo a un racional aprovechamiento y eficaz explotación económica, sino a los fines pretendidos por el constituyente e incluso a valores sociales y función económica de los bienes desde una perspectiva constitucional (art. 33 C. E.). Este razonamiento, aplicado en general al usufructo típico ordinario, es válido también para el nuestro atípico.

Aceptada la relación inmediata del *salva rerum substantia* con el destino económico del bien usufructuado –regla sin embargo no absoluta–, y aplicada a un usufructo en que la cosa es poseída y explotada por el propietario, resulta que la limitación de no cambiar su destino económico alcanza eminentemente a éste, lo que se traducirá en la de no introducir innovaciones en la cosa, modificaciones materiales que alteren su funcionalidad económica. Mas ese sentido material del deber de conservar la sustancia y el destino económico de la cosa puede llevar a soluciones demasiado rigurosas. El problema aquí es el de sus límites: es decir, hasta dónde llega la prohibición de cambiarlo, y dónde y cómo es posible modificarlo. Pienso a ese respecto que el límite más importante es el de conservar la misma cosa dada en usufructo en su entidad económico-funcional con objeto de mantener al mismo nivel los rendimientos que hacer llegar al usufructuario, no sea que las innovaciones introducidas lo perjudiquen. No veo inconveniente, sin embargo, en que pueda modificarse su forma de aprovechamiento o explotación si el anterior resulta inviable por cambio de circunstancias relevantes o por ineptitud o inadecuación actual de una explotación razonable de la cosa en un contexto económico que ha cambiado: fábrica de zuecos que ha quedado obsoleta e inexplorable porque ya no se usan, desplazados por otro tipo de calzado; edificio auxiliar de mantenimiento en bocamina, inservible una vez cerrada la mina pero convertible en local comercial en alquiler, etc. El cambio de destino sin alteración de aquella entidad puede suponer, además, una mejor adecuación del de ciertas cosas a una nueva realidad socio-económica, al destino objetivo propio de la misma cosa distinto del previsto o asignado subjetivamente. Se puede concluir, pues, que también en el usufructo atípico el propietario poseedor de la «cosa» puede introducir en ésta cambios de explotación que no perjudiquen en exceso a su rendimiento económico, si las circunstancias lo justifican.

c) En cuanto a los *frutos* que reciba el usufructuario no ha lugar a distinguir aquí los naturales, industriales y civiles, ya que todos los gestionará el propietario y los recibirá por su conducto el



usufructuario, y a los que cabe aplicar el régimen del Código civil. Dígase lo mismo en cuanto a los frutos pendientes, para los que no hay motivo para establecer un régimen diferente. (Sobre la diligencia del propietario en la explotación y obtención de «frutos» de la cosa gravada hablaré con ocasión de las obligaciones de aquél). En todo caso los frutos que perciba el gozante serán los *frutos netos*, descontados los gastos de producción (en sentido amplio). No creo que deba computarse como concepto distinto que descontar en esa liquidación «el premio que se le asigne [al nudo propietario] por su administración», que dice el artículo 520 CC para su caso. En mi opinión, el trabajo del propietario en la gestión de la cosa usufructuada iría comprendido en el capítulo de los gastos de producción que detraer de los frutos brutos para calcular los netos. (Con una denominación u otra habrá que pagar al gestor su trabajo para conseguir esos frutos netos). En su cálculo entran dos componentes: los frutos brutos (los de simple producción) y los gastos que haya debido hacerse para producirlos, que descontar. Pues bien: unos y otros, cuya estimación o cálculo hará inicialmente el propietario que los produce, pueden y deben ser controlables por el usufructuario para evitar errores de cálculo o eventual engaño fraudatorio. Apenas hay que justificar ese derecho de control: es semejante al que tiene el nudo propietario en cuanto al trato y gestión material y económica del usufructuario<sup>11</sup>.

¿Cuándo, desde qué momento adquiere el usufructuario los frutos? Por definición quien posee y explota la cosa usufructuada es el nudo propietario, y por ese motivo es él el que recogerá los frutos naturales e industriales que produzca la cosa gravada, que luego, convertidos en frutos netos, hará llegar al usufructuario. Si el nudo propietario fuera mero instrumento jurídico para hacer llegar los frutos al usufructuario, éste los adquiriría con la sola percepción por aquel. Pero ni el propietario es mero instrumento personal ni van al gozante los frutos percibidos por el nudo propietario, ya que solo le corresponden los netos. Por otro lado este último actúa en la gestión usufructuaria *ut dominus*, y como tal los hace inicialmente propios, con la mera percepción, aunque su destino sea otro. Pero no puede disponer de ellos porque tienen un destino jurídico predeterminado. ¿Qué derecho tiene el usufructuario sobre esos bienes? No es solo acreedor porque ya son para él (afección específica): de ahí la no disponibilidad por el nudo propietario. Tiene aquel un inconcreto derecho sobre esos frutos, que en otro tiempo podría calificarse como un *ius ad rem*, derecho a ellos pero todavía no propietario porque solo le corresponden los frutos

<sup>11</sup> Cfr. mi *Usufructo, uso y habitación*, cit., pp. 632 ss.

netos. El usufructuario adquirirá su propiedad con la entrega de estos frutos, no antes.

Los frutos civiles los adquiere el usufructuario a título derivativo, sin necesidad de percepción por medio del nudo propietario, y se entienden percibidos día por día: pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo. Por ello este tiene derecho a exigir y adquirir estos frutos en el momento en que vencen.

d) Menos relevancia tiene aquí la cuestión de las *mejoras* en la cosa usufructuada que alcance al usufructuario ya que por hallarse ésta en poder del (nudo) propietario solo él puede hacerlas. Teóricamente no podría éste último introducirlas por aquello del *salva rerum substantia* y no modificación de la cosa en cuanto pueda afectar a la producción de frutos. Pero si se trata de mejoras hay motivos para presumir que no perjudiquen, lo que facilitaría una respuesta positiva; aunque no siempre porque vistas desde la perspectiva del propietario, que es quien las va a hacer, pudieran ir dirigidas a una revalorización de la cosa o con perspectivas de futuro más que una mejora de presente (en rendimiento económico). Por ello habrá que atender al tipo de mejoras, que lo sean de verdad para la cosa y el usufructuario, y a las circunstancias del caso. En consecuencia pienso que se puede aplicar aquí (mejoras en el usufructo atípico) el mismo criterio que en la interpretación que he propuesto del *salva rerum substantia* como límite de las innovaciones (lo son las mejoras). A menos que se pongan de acuerdo el propietario y el usufructuario para mejorar la cosa en algún aspecto que a ambos interese, en cuyo caso habrá que atenerse a ese acuerdo.

¿A cargo de quién van las mejoras, y qué relevancia jurídica tienen una vez hechas? En el orden fáctico solo el nudo propietario puede realizarlas pues es él quien tiene la posesión y gestión de la cosa gravada. Pero en la realidad vivencial pudiera haber, detrás de aquella realización, un deseo, una petición, un interés del usufructuario que el nudo propietario ha intentado satisfacer al llevarlas a cabo. Pues bien: en uno y otro caso, a diferencia del complicado tratamiento (y no justo) del Código civil español, el régimen de las mejoras hechas en la cosa sometida a usufructo atípico es más sencillo: van siempre a cargo del nudo propietario porque él las ha hecho y además la cosa es suya, a la que se han incorporado, situación que no cambia si fueron realizadas a petición, sugerencia o interés del usufructuario (la decisión corresponde en todo caso al nudo propietario). Una vez llevadas a cabo no tiene sentido permitir al nudo propietario retirarlas, y si las retira esto se justificará en su propiedad, no como mejoras; ni se entiende la compensación

con los desperfectos, que como tenedor y gestor de la cosa también le son en principio imputables.

e) No cabe duda de que este usufructo es *disponible* por su titular –regla general en el ámbito del Código civil español–, salvo que se haya acordado otra cosa en el título constitutivo. Su ejercicio se articula por medio de negocios jurídicos con eficacia real, si se trata de disposición *stricto sensu*, o con negocios de eficacia obligacional: unos y otros están a disposición del usufructuario en este contexto. Pienso que, aunque con más dificultad práctica y limitaciones que en el usufructo ordinario, no puede impedirse al usufructuario sin posesión la transmisión de facultades concretas por vía de derivación compatibles con la forma de goce típica de este usufructo, de la que el mismo es presupuesto y matriz: se trata de una derivación constitutiva de un derecho específico de menor entidad en la que el usufructo no desaparece, aunque el derecho menor constituido se superpone y lo paraliza o minorra (dificultad, decía: ¿cómo concebir la constitución por el usufructuario de un derecho de uso sobre su propio usufructo?). Funcionan aquí de forma semejante a otros ámbitos y derechos los requisitos (sobre todo, legitimación y disponibilidad del objeto, el usufructo) y los mecanismos jurídicos de disposición-transmisión, en que no procede detenerse ahora. La enajenación del usufructo no comporta una modificación de la consistencia sustancial de ese derecho: el usufructo transmitido se incorpora al patrimonio del cesionario con la misma entidad jurídica (usufructo atípico). Ello trasciende en cuanto a su duración: cualquiera que sea el tiempo por el que se haya transmitido, terminará el goce del cesionario en el momento que corresponda según el título constitutivo del usufructo enajenado –porque en el plano técnico-jurídico se dispone de y se enajena el usufructo, su titularidad, aunque en la práctica lo que percibe y disfruta el cesionario es el goce usufructuario de la cosa gravada, los frutos netos típicos de este usufructo–. El cedente será garante frente al nudo propietario de los perjuicios que para éste resulten, en su caso, de la cesión.

Un caso y ejemplo interesante de disposición por parte del usufructuario puede ser el de hipoteca de usufructo; del usufructo que él tiene, el atípico sin posesión. Como acto de disposición no tiene inicialmente ninguna particularidad: se hipoteca un usufructo, en este caso atípico, como podía ser uno ordinario. Mas ¿qué se hipoteca en este caso, y qué va a enajenarse en el eventual trámite de ejecución de la hipoteca: el *ius fruendi* sobre la finca gravada o los frutos netos a que tiene derecho el usufructuario? La respuesta puede proporcionarla la distinción que acabo de hacer entre transmisión de la titularidad o la del goce usufructuario de la finca, y a partir de ahí cabe

concluir: se ejecuta, se saca a subasta, el *ius fruendi* que tiene el usufructuario; y el rematante obtendrá en la práctica no una abstracta titularidad de ese derecho sino un concreto derecho a percibir los frutos netos de la finca a su vencimiento (que es lo que tenía en la práctica el hipotecante). Nada nuevo, pues, respecto de cómo operan el usufructo y la hipoteca en el usufructo típico ordinario: se ejecuta y subasta aquello que se había hipotecado.

f) *Acciones que protegen al usufructuario*. Además de acciones y pretensiones de tipo obligacional, derivadas unas del título constitutivo, propias otras de la relación usufructuaria, resultante del reparto de obligaciones y cargas entre los dos interesados y en ocasiones (excepcionalmente) contra tercero, ha lugar a otras que defienden directamente el usufructo atípico sin posesión y al usufructuario, del mismo modo (y con idéntica mecánica funcional) que en el usufructo ordinario: a) Una *vindictio usufructus*, que es acción reivindicativa del derecho, que legitima a su titular para hacer valer su derecho contra quien posea indebidamente la cosa usufructuada en detrimento no solo del usufructuario sino del propietario poseedor de la cosa gravada, y para obtenerla o recuperarla, y con ello su derecho de goce. Al lado de esta acción, que es de condena, tiene el usufructuario la *acción declarativa* correspondiente, frente a quien lo niegue o cuestione, sin lesión directa y actual. b) La *acción negatoria*, que va dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que deniegue al autor de una perturbación legitimidad para hacerla o derecho a interferir el *ius fruendi* y exigir que no se produzca en el futuro. Esta acción, de condena, protege contra injerencias materiales o jurídicas de una duración mínima determinada, no contra las materiales instantáneas sin otra trascendencia; pretende hacer cesar la perturbación en el disfrute u obtener la abstención de la misma en el futuro, y la reposición en la situación anterior a la injerencia.

En cuanto a la acción del usufructuario para reclamar el pago de los frutos o la cantidad deficitaria en caso de error en su cálculo o de fraude, ¿es acción real o personal?. En general se trata de una acción real, como vinculada a un derecho real, con todas sus consecuencias; no cabe duda a ese respecto si el usufructo que consideramos ahora está inscrito en el Registro de la Propiedad. Como consecuencia de aquella calificación, en la relación jurídico-real la cosa queda afectada más allá de las personas y relación entre los constituyentes; queda gravada jurídicamente con un estatuto o situación jurídica impresa (*qualitas fundi* en los inmuebles) que le va a acompañar en el tráfico jurídico y, publicada que sea (por la posesión o por publicidad registral), no puede ser ignorada por terceros (eficacia *erga omnes*);

puede serles impuesta con efectos distintos según el tipo de cosa y publicidad habida. La posibilidad de inscripción en el Registro de la propiedad va a potenciar su protección y efectos. Con independencia de esa acción real puede disponer el usufructuario de una acción personal para reclamar la entrega de los frutos que le corresponden basada en el título de constitución del usufructo, en su caso.

## B) Obligaciones del usufructuario

La posición eminentemente pasiva del usufructuario en la vida y funcionalidad de este usufructo –no es poseedor y administrador del bien gravado y solo tiene derecho a percibir los frutos netos– determina que los deberes jurídicos, si los hay, sean menores que en el usufructo típico y ordinario y que en no pocos casos predominen los interrogantes. ¿Fianza? ¿Custodia, conservación, reparaciones, gastos en cosa que no tiene...? A veces la pregunta se limitará a qué participación deba tener o en qué proporción y forma deba contribuir el usufructuario en la vida del usufructo.

### a) INVENTARIO Y FIANZA

Dada la finalidad institucional y justificación del *inventario* –en el usufructo ordinario, dejar constancia de los bienes (cuantitativa y cualitativamente) que haya de restituirse a la extinción del usufructo–, resultaría en principio la no necesidad de practicarlo en nuestro usufructo atípico ya que no habrá lugar a restitución de los bienes afectados porque los retiene el propietario. Además, aparecerán mencionados en el título constitutivo con la identificación correspondiente, lo que normalmente suplirá su reiteración en un inventario formal aparte. Sin embargo, como la calidad y estado de los bienes repercute en su rendimiento económico y frutos que percibir por el usufructuario, un inventario bien hecho puede contribuir a clarificar si ha habido deterioro en la cosa en caso de una alteración (real o interesadamente alegada) de su estado o en su rendimiento. Por tanto, aun no siendo necesaria la realización del inventario, puede ser útil y exigible en algunos casos. Esa exigibilidad, a modo de prueba preconstituída, puede ser objeto de debate judicial, en el que el juzgador atenderá a aquel razonamiento y circunstancias; u objeto de acuerdo entre los interesados por no ser el inventario un elemento de Derecho necesario sino dispensable (cfr. art. 493 CC). El coste de su realización irá a cargo de quien lo solicite.

Por lo que concierne a la *fianza*, cabe un razonamiento semejante al anterior para estimarla inicialmente innecesaria. Su finalidad en el

usufructo ordinario es el aseguramiento de las obligaciones que puedan competir al usufructuario: la de la conservación (objetiva) de la cosa dada en usufructo y la de restituirla a la extinción de este derecho. Por lo que afecta a nuestro caso, dado que la conservación de la cosa no corresponde al usufructuario porque no la posee ni tiene que restituirla, no tendría sentido el exigírsela o prestarla, salvo que como la fianza también garantiza la solvencia del obligado para hacer frente a sus responsabilidades en caso de incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, apareciera justificada la necesidad de asegurarlas si en el curso y vigencia del usufructo surgieran excepcionalmente responsabilidades del usufructuario que arriesgan no poder ser atendidas. En función, pues, de aquella finalidad y estas coordenadas puede dispensarse o exigir al usufructuario el prestarla.

¿Y el nudo propietario?; ¿podría exigírsele que preste fianza? Es él en este usufructo atípico el poseedor de la cosa gravada, pero es también su propietario, y no tendrá que restituirla –principal riesgo que cubrir con esta garantía–, con lo que parece injustificado obligarle a afianzar al inicio del usufructo por riesgos que no le competen. Solo si en la vida del usufructo quedaran acreditados incumplimientos y perjuicios para el usufructuario podría éste exigir que prestara fianza suficiente. Mas esto parece que será excepcional. Pienso, pues, que como regla general –y en la práctica, más que como principio–, no es exigible a ninguno de los dos la prestación de fianza, y únicamente si aparecen irregularidades por parte de nudo propietario o usufructuario generadoras de eventuales perjuicios para el otro, y en especial para el segundo, podría justificarse la exigencia *a posteriori* de afianzarlos de acuerdo con esas nuevas circunstancias. Pero no estoy seguro de que esta tesis triunfara en realidad.

## b) CUSTODIA Y CONSERVACIÓN

Como poseedor de la cosa usufructuada es en el usufructo atípico el (nudo) propietario, a él fundamentalmente compete custodiarla y conservarla no tanto por mor de esa tenencia sino además porque tiene la obligación de entregar sus frutos al usufructuario, lo que va a depender del estado de conservación (eficiencia, deterioros) de aquélla. Al usufructuario alcanza solo un deber de colaboración, más que obligación directa y plena, en dicha conservación, adaptada al tipo y circunstancias de la cosa. Aunque a la inversa que respecto del usufructo típico y ordinario en que ese deber compete al gozante, el concepto jurídico es el mismo en uno u otro y en la respectiva calidad: comporta el conjunto de medidas razonables para precaver la alteración material de la cosa y la violación de su

estado jurídico (sobre todo en el usufructo de derechos), y requerirá en algún caso advertir al nudo propietario de la necesidad de reparaciones, incluso de la actividad cuya omisión o inactividad pudiera perjudicar a la cosa usufructuada (no usar una servidumbre, abandono de la posesión de las cosas). La conservación consiste no solo en reparar los deterioros sino también en prevenirlos con la actuación pertinente y evitarlos antes de que se produzcan. Nuestro Código no concreta en qué consista el «cuidado» de las cosas usufructuadas, y ha optado por indicar para el usufructo tipificado un criterio genérico de conducta (la del buen padre de familia), a cuya idea y ámbito desplaza la valoración de aquel parámetro fáctico, individualizable en cada caso. Criterio tan general y abierto es también aplicable al usufructo atípico, a falta de otra referencia normativa, y que ha de ser entendido en el sentido de que la de custodia y conservación y el mantenimiento ordinario de los bienes no es exigible en grado extremo; no va más allá de lo razonable.

### c) REPARACIONES

El deber de reparación de la cosa usufructuada se justifica en el de cuidado y conservación diligente; es consecuencia y manifestación del mismo y se integra en la relación usufructuaria, con posiciones jurídicas e intereses diferentes. Aquí se trata no tanto de reparar deterioros en interés del dueño cuanto de asegurar un estado de la cosa que garantice la producción de frutos que irán al usufructuario –sólo así se puede justificar la eventual reparación por éste. Aunque compete inicialmente al propietario, como el de conservación, establécese un régimen concreto de obligaciones y legitimaciones para reparar basado en la concurrencia de intereses sobre la misma cosa, y en la salvaguarda del goce tanto actual como futuro. De ahí la eventual intervención del usufructuario.

En las *reparaciones ordinarias* ese deber jurídico compete al propietario precisamente por ser poseedor de la cosa usufructuada (como en el usufructo ordinario compete a su titular). Apenas solo los papeles están cambiados, invertidos. Su contenido no varía, y con la diferencia de tal inversión de roles jurídicos la mecánica funcional es prácticamente idéntica. El nudo propietario [en lugar del usufructuario] está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo (cfr. art. 500-1.º CC). El concepto de reparaciones ordinarias y su alcance, realización y demás, así como la naturaleza de esa obligación y el mecanismo de hacerla efectiva, son idénticas a las homólogas del usufructo típico ordinario. En el mismo contexto fáctico y jurídico y por la inversión de posiciones, podrá hacerlas el usu-

fructuario si no las hiciere el propietario, obligado, a costa de éste —como prevé el artículo 500-2.º para el usufructo ordinario—. Para su efectividad se precisará que el usufructuario requiera al propietario obligado para que asuma y realice directamente las reparaciones (porque solo tras la inactividad del segundo podrá actuar el primero). Se trata de un requerimiento, no de una notificación: comporta intimación para que actúe. No se dice en qué forma; luego cualquiera en que conste tal requerimiento es apta a ese fin legal; pero deberá dejarse constancia o prueba de haberlo hecho. Parece razonable que al requerimiento aludido acompañe un presupuesto de las obras y coste, para conocimiento y decisión del propietario.

También puede haber lugar a *reparaciones extraordinarias*, que por la gravedad de los daños ponen en riesgo la cosa. Compete hacerlas igualmente al propietario. Pero por interesado el usufructuario en su realización porque el deterioro puede afectar a la producción de frutos, aun no obligado directamente a realizar esas reparaciones, puede el usufructuario hacerlas o no (está legitimado, si quiere). Véase el artículo 502-2.º: Si no las hiciere [aquí, el propietario] cuando fuesen necesarias para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir al propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la cosa por efecto de las mismas obras. Si las realiza el propietario tendrá derecho a exigir el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo (art. 502-1.º CC), lo que podrá hacer efectivo el propietario descontando ese interés legal de lo invertido, de los frutos periódicos que pague el usufructuario. (No veo ningún motivo grave para no aplicar aquí, con los oportunos cambios por la inversión de papeles, el régimen del usufructo ordinario). Así, pues, el derecho del usufructuario que ha realizado las obras se limita al importe del aumento de valor de la cosa por su realización, solo si lo hay a la extinción del usufructo: se trata, pues, de una acción de enriquecimiento, y no parece que el pago en ese concepto tenga otra limitación que el incremento de valor, con tal que se conserve al final del usufructo.

d) CASO DE MAL USO O ABUSO DE LA COSA USUFRUCTUADA.

¿Qué derechos tiene el usufructuario en caso de mal uso o abuso de la cosa usufructuada por el propietario poseedor y gestor, que le perjudique, cuya principal hipótesis es que deje de pagar o pague mal los frutos? ¿Será de aplicación el artículo 520 CC, previsto en el usufructo ordinario para el de (nudo) propietario que lo sufre, frente al usufructuario?



Evidentemente una aplicación directa y literal no es posible porque los papeles de los protagonistas están invertidos en nuestro usufructo atípico, donde solo el propietario puede usar mal o abusar de la cosa usufructuada. Pero con esa salvedad pienso que la hipótesis es próxima –cuando la gestión de la cosa es tan deficiente y grave que pone en serio riesgo su estado físico o funcional en detrimento directo de su rendimiento económico y en perjuicio del usufructuario–, y me pregunto si sería aplicable la segunda parte de aquel precepto («... que se le entregue la cosa, obligándose...»). ¿Puede reclamar el usufructuario que se le entregue, como en idéntica hipótesis del usufructo ordinario? Tengo mis dudas, porque es contrario a la hipótesis fáctica y a la esencia de este usufructo atípico. Diré más: entiendo que no procede esa entrega. Veo más razonable entregar la posesión y administración de la cosa mal usada o abusada a un tercero, nombrado por el juez, que asuma el papel y función del propietario. La desposesión del propietario abusador y entrega de la cosa a un tercero me parece una sanción y un remedio razonable para salvar la finalidad del derecho del usufructuario cuando haya grave riesgo de quedarse sin los frutos debidos.

*Presupuestos fácticos.* a') El *mal uso* sería de carácter eminentemente material, sea por actos que den lugar a la degradación de la cosa o deterioro por falta de mantenimiento, ya por una utilización inadecuada; es el reverso del «buen uso», el que debe hacerse con la diligencia del buen padre de familia. El *abuso* comportará algo más irregular, una actuación de signo más jurídico que fáctico en la tenencia y gestión de la cosa. Es necesario, en todo caso, que mal uso o abuso sean suficientemente *graves*, dada la trascendencia de la consecuencia a que puede dar lugar (desposesión)<sup>12</sup>; puede producirse por acción (explotación abusiva y dañosa), con actos materiales o jurídicos. b) El «considerable perjuicio» debe ser consecuencia del mal uso o del abuso (en relación de causalidad), y afectar en el usufructo atípico precisamente al usufructuario; el solo perjuicio material en la

<sup>12</sup> Insiste particularmente en la gravedad del abuso la doctrina italiana, tanto para los hechos mencionados en el artículo 1015 CC como para los no contemplados legalmente (PUGLIESE, DE MARTINO). Para estimar esa gravedad algunos autores creen necesario y suficiente que se haya producido un perjuicio de notable entidad a la propiedad en forma de lesión relevante de la integridad del bien que haya determinado una notable reducción de su valor (PLAIA, «Usufrutto, uso, abitazione», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, t. XIX, Torino (UTET), 1999); otros sostienen que la gravedad del abuso debería ser referida a la irreparabilidad más que a la entidad de la lesión causada a la propiedad (PALERMO); y para algunos debería tenerse en cuenta, más que la entidad del perjuicio a la propiedad, el carácter doloso o culposo de la acción del usufructuario (así, BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, p. 70). Véase más ampliamente en CIAN, coment. artículo 1015 CC italiano, *Commentario breve al Codice civile. Complemento giurisprudenziale*, 8.ª ed. a cargo de CIAN, Milano (CEDAM), 2007, p. 967

cosa que no trascienda al usufructuario podrá tener otras consecuencias, pero no a efectos de la desposesión. El «considerable» perjuicio deberá ser valorado en cada caso en función de su entidad objetiva y, sobre todo, de su repercusión para el interés del usufructuario, casi siempre en cuanto a los frutos que percibir. c') Los actos abusivos pueden provenir directamente del propietario o de las personas por quienes él deba responder, y ser imputables dolosa o culposamente; no será responsable en caso de deterioro de la cosa por fuerza mayor o caso fortuito.

*Consecuencias del mal uso o abuso.* «El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada», comienza diciendo el artículo 520, importante pronunciamiento, que lo diferencia de los preceptos homólogos de otros códigos próximos y del tratamiento que el artículo 529 da al uso y habitación en idéntico caso. Las medidas y consecuencias que propone aquel precepto no se producen *ex lege*, sino que requieren la oportuna decisión judicial si no se ponen de acuerdo los interesados («podrá pedir» la entrega de la cosa). El principal efecto de la aplicación del artículo 520 sería la transferencia de la posesión de la cosa al tercero: el usufructo no desaparece sino que queda modificado. Con la transferencia de la posesión (inmediata) compete al tercero la gestión y explotación de la cosa gravada, de quien percibirá el usufructuario los frutos. El usufructo ha quedado transformado, subsiste como atípico, y el cambio de posesión es meramente accidental.

## 2. POSICIÓN JURÍDICA DEL NUDO PROPIETARIO

Con la constitución del usufructo atípico la situación del propietario y su relación con la cosa gravada cambia poco fácticamente; más en el plano jurídico. En su posición jurídica repercute la del usufructuario, que junto a su derecho a frutos no deja de ser titular del gravamen impone limitaciones al propietario en su gestión de la cosa por mor de aquellos frutos que entregar. A diferencia del usufructo tipificado en el nuestro Código civil, en el atípico. La posición de propietario, aun amputada (pérdida de los frutos), sigue siendo de titularidad dominical efectiva, aunque –dato muy importante– gravada, con limitaciones en el sentido dicho.

Conserva todas las facultades y obligaciones típicas de un *dominus* –por ejemplo, la de disposición de su propio derecho de propiedad, que transmitido a tercero continúa gravado con este mismo usufructo–; algunas mediatizadas por el derecho del usufructuario,

porque aquél no puede actuar sin contar con éste. Y tiene, porque no ha perdido, la energía y fuerza expansiva y absorbente propia del dominio (consolidación de otros derechos reales limitados que se extingan, aumento de la cosa por accesión, adquisición del tesoro oculto, etc.). Esa situación jurídica, esas facultades aparentemente residuales de la nuda propiedad, permitirán constituir sobre ella ciertos derechos reales de goce, como el usufructo de nuda propiedad, o de garantía (hipoteca), porque ella misma tiene un valor actual en el tráfico que proviene del contenido subsistente, que puede hacerse efectivo antes de su consolidación en el dominio pleno.

La nuda propiedad tiene acceso autónomo al Registro: por la forma y medios ordinarios por su relación con el usufructo, y directamente aunque no esté inscrito este último (R. DGSJFP. de 15 marzo 2006).

La posición del propietario de la cosa usufructuada, como se deducirá de cuanto antecede, si en el plano económico es muy parecida a la de su homólogo en el usufructo típico ordinario, es muy distinta en el aspecto jurídico (juego de derechos y obligaciones), trastocado por el doble elemento caracterizador del usufructo atípico. Alrededor de esos dos elementos van a girar las diferencias funcionales entre ambos derechos, típico y atípico. En lo demás cabrá aplicar (por analogía?) a este segundo usufructo cuanto se predica del primero.

#### A) **El propietario, retentor de la posesión de la cosa. Consecuencias**

a) *La retención por el propietario de la tenencia* de la cosa es una posesión dominical, distinta de la posesión *iure usufructus* que corresponde y ejerce el titular del derecho en el usufructo típico ordinario. Esa posesión del (nudo) propietario es el presupuesto institucional de este usufructo, que lo caracteriza y diferencia del típico ordinario; de no ser así dejaría de ser el usufructo atípico sin posesión que estudio aquí. Por esa razón la posesión del propietario es un derecho de este y a la vez un deber. Puede delegarla en otra persona bajo una forma jurídica hábil (mandato, por ejemplo), pero jurídicamente a efectos de este usufructo poseedor es él. ¿Podría cederla o traspasarla al usufructuario? Poder, poder,... en la práctica y entre interesados, como acto de voluntad, se puede todo, salvo lo ilícito y prohibido –y en este caso no está prohibido–. Pero salvo que sea circunstancial, temporal, no cabe tal cambio dentro de este usufructo: dejaría de ser

el atípico de referencia para convertirlo en un usufructo ordinario –quizá con las modificaciones pertinentes del acuerdo, porque tiene que haberlas (otra atipicidad?).

Aquella posesión del propietario lleva implícito en el atípico la explotación económica de la cosa, que puede ser también tanto una facultad del mismo como un deber ya que el rendimiento económico de tal explotación va a constituir los frutos que entregar al gozante. Pregunta inevitable: ¿podría el propietario dejar de explotar la cosa usufructuada, habida cuenta de esa obligada entrega de los frutos? Si lo hace consciente y maliciosamente para no pagar, eso es conducta ilícita, contraria a lo institucionalmente previsto en un usufructo de esa clase en el que el nudo propietario es tenedor y explotador de la cosa precisamente con esa carga; es evidente que no puede dejar de explotarla. Sin esa intencionalidad es difícil obligarle a hacerlo, con tal de que deje asegurada la entrega de los frutos (objeto principal del usufructo), por más que traslade el problema al ámbito de su determinación, cuestión diferente y probablemente condenada a determinación judicial.

b) En la explotación de la cosa tiene el propietario libertad en la elección de los frutos y procedimiento y medios que emplee a tal efecto. No se olvide que es un poseedor *ut dominus*. Pero como es un *dominus* gravado, tal libertad no es tan plena como pudiera parecer. Estabilizada una forma de explotación –por ejemplo, producción de cereales en la finca–, sobre todo si data de tiempo anterior a la constitución del usufructo atípico, ¿puede cambiarla el propietario a su discreción?; ¿puede cambiar la explotación de la finca de cereales para convertirla en un campo de golf?. Yo creo que no, al menos con plena libertad; salvo que la nueva forma de explotación esté justificada razonablemente y sea igual o más rentable, y pueda garantizar al usufructuario la misma cantidad y calidad de frutos que la que percibía antes, o que lo haya aprobado éste. Pienso que la justificación teórica de esa negativa condicionada, y de la posibilidad razonable, sería del tenor del límite del *salva rerum substantia* y de la introducción de mejoras en la cosa a que hice alusión en su momento.

c) Por lo que respecta a la atención y diligencia que deba poner el propietario en la explotación de la cosa (que va a repercutir en la cuantía de los frutos que entregar) cabe asimilarla a la del deber de cuidado y conservación de la cosa usufructuada por su tenedor y gozante en el usufructo ordinario, que es también la del atípico. A ese respecto el artículo 497 CC español habla de «cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia». Jurídicamente se trata de una exigencia legal en el marco de una

actividad debida, vinculante para el obligado y relacionada con la función que éste cumple en el esquema relacional de este usufructo. Diligencia del poseedor de la cosa del buen padre de familia en sentido objetivo: en tanto se traduce en una actividad, ha de ser una conducta cuidadosa y diligente en el uso y gestión de los bienes. Por tanto, no es de apreciar según el criterio subjetivo del poseedor-explotador (*quam in suis*), sino valorada atendiendo objetivamente a los bienes que tiene y goza, dentro de esa coordenada normativa o standard jurídico que es la diligencia del buen padre de familia. En términos generales sería, en principio, una diligencia razonable de carácter no profesional, de un no experto, con un grado medio de diligencia a la que no debe ser ajeno un interés por conseguir cuantos frutos puedan obtenerse.

Mas ese modelo de conducta, demasiado abstracto y genérico, es de difícil adaptación a la gran variedad de bienes y patrimonios objeto de usufructos actuales<sup>13</sup>. Pienso, por ello, que, además de inadecuada por su genericidad, esa interpretación de la diligencia del *bonus pater familias* en la explotación de la cosa es hoy insuficiente en muchos casos. Tal diligencia debe ser más exigente porque de su resultado van a depender los frutos que perciba el usufructuario. Debe ser la de un «buen administrador» que proponen otros ordenamientos, incluso técnica. La interpretación que propongo es, sencillamente, una interpretación sociológica y finalista del artículo 497 en cuanto referencia aplicable a nuestro problema, frente a la histórica conocida para otra situación (la del usufructuario en el usufructo típico). Por otra parte, pretende evitar la excesiva generalización y reclamar, junto a la ordinaria (que no excluyo como general), una valoración específica como la recién apuntada para ciertos tipos de bienes en usufructo<sup>14</sup>.

d) ¿Sería exigible al propietario poseedor de la cosa el asegurarla, para prevenir el riesgo de su pérdida en detrimento de los frutos a que tiene derecho el usufructuario? Discutida la cuestión en nuestra doctrina para el usufructo ordinario, nada dice el Código

<sup>13</sup> ¿Qué diligencia debería poner, qué debería hacer una persona prudente, de tipo medio (un *bonus pater familias*), en la gestión de una importante empresa textil, un bloque de apartamentos en alquiler o una compleja cartera de valores mobiliarios dejados en usufructo?; ¿bastaría la diligencia del ciudadano medio, aun prudente y razonable, ajeno al mundo empresarial, inmobiliario o financiero que no busca asesoramiento suficiente?

<sup>14</sup> En los Códigos germánicos se ha sustituido la diligencia de un buen padre de familia por el deber de comportarse «según las reglas de la gestión ordenada [de las cosas]» (§ 1036.2 BGB), o «según las reglas de una buena administración» (art. 755.3 CC suizo). La doctrina alemana interpreta la diligencia exigida por aquel precepto con criterio objetivo, subrayando que puede imponer actuaciones positivas y aun omisivas por parte del usufructuario. Siguiendo esa línea (y por su influencia) el Código civil catalán exige que el usufructuario, en el ejercicio de su derecho, se comporte *de acuerdo con las reglas de una buena administración* (art. 561-2.3).

civil, aunque sí los ordenamientos autonómicos<sup>15</sup>. En mi opinión hay que relacionarla con la diligencia en la conservación de la cosa, por el usufructuario (art. 497 CC) o por el propietario (en nuestro caso). Diligencia que comprende la adopción de medidas preventivas en la conservación de la cosa gravada, que unas veces serán para precaver o evitar el riesgo y otras para remediar el daño en caso de siniestro. Por tanto, la conveniencia o necesidad de asegurar vendrá dictada por la dificultad de conservar incólume la cosa y riesgos de su desaparición o deterioro que el propietario no pueda evitar. En esa inteligencia me inclino por seguir en nuestro caso un criterio próximo al de la doctrina alemana y suiza<sup>16</sup>, que me parece prudente: aseguramiento de los riesgos más probables y razonables, aunque en ocasiones habrá que estar a lo más verosímil, amén de razonable en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, riesgo, valor de los mismos y coste del seguro, etc.

## B) El propietario, deudor y pagador de los frutos netos

La percepción de los frutos netos por el titular del usufructo atípico es derecho principal del mismo que hace que la relación usufructuaria sea precisamente de esa clase. Los recibirá directamente del propietario, del que es la obligación fundamental, cuyo régimen es sustancial y prácticamente el de las obligaciones contractuales, aunque protegido por una acción real (como dije). Salvo que el título constitutivo del usufructo disponga algo concreto sobre esos frutos y su entrega, la única referencia legal a tal cuestión en el ámbito del usufructo –útil para el razonamiento analógico ya que no aplicable por analogía– es la que hay en el artículo 520 CC, que dice que el propietario deberá pagar al usufructuario «anualmente el producto líquido» de la cosa dada en usufructo. Se trata del rendimiento o frutos de su explotación; frutos naturales, industriales o civiles, según la naturaleza de la cosa y su aprovechamiento.

Todo parece indicar que esos frutos serán, en principio, los producidos por la cosa usufructuada, ya que es la forma específica de su goce. Se trata, sin duda, de *frutos netos*, y en este caso concreta aquella norma las cantidades que detraer del producto bruto: los

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión véase ampliamente en mi *Usufructo, uso y habitación*, cit., pp. 536 ss.

<sup>16</sup> En la doctrina alemana cfr. WESTERMANN (H)-WESTERMANN (H. P.)-GURSKY-EICKMANN, *Derechos Reales*, vol. II (7.<sup>a</sup> ed.), trad. de Cañizares, Miquel, Rodríguez y Rodríguez-Rosado, Madrid, 2007, pp. 1402 s.; POHLMANN, coment. § 1046 BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, München (Verlag C. H. Beck), 2004, t. 6 (*Sachenrecht*); en la suiza, FARINE FABRO, A., *L'usufruit immobilier*, Friburgo (Ed. Universitaires), 2000, pp. 187 ss.

«gastos» (de producción). Como apunté en su momento, no creo que el «premio» *que se le asigne* por su administración, que puede tener cierta autonomía *ex artículo 520*, sea aplicable en los mismos términos literales al usufructo sin posesión, aunque sí indirectamente como gasto de producción. Los primeros serán los que resulten en cada caso de la explotación –gastos proporcionados a ella; en su caso, discutibles judicialmente–. No parece que el usufructuario tenga derecho a exigir y percibir los frutos o rendimientos *in natura* –el que sean netos puede «desnaturalizarlos», que dejen de ser *in natura*–. Los aludidos, que produzca la cosa, serían el dato básico para el cálculo del producto líquido. En todo caso, queda excluido el pago de una cantidad alzada predeterminada en lugar de esos frutos periódicos así identificados y calculados. No veo inconveniente en que sean otros cuantitativa y cualitativamente equivalentes si lo acepta el usufructuario o lo permitió el título constitutivo. En otro caso habrá que atender a las razones que pretendan justificar el cambio, que el juez valorará.

En cuanto al momento o periodicidad del pago de los frutos, el pago «anual» del artículo 520 CC parece definir más la periodicidad o ciclo de producción que la estricta anualidad cronológica, porque si el ciclo no es anual, sino mayor o menor, a él deberá acomodarse la liquidación, difícilmente calculable de otra forma. Pero salvo este supuesto, o que el constituyente haya dispuesto otra cosa, el pago de los frutos netos se hará en general anualmente, no más tarde; sobre todo, no al final del usufructo.

Si el poseedor y administrador de los bienes usufructuados fuera persona distinta del propietario (el «gestor» de que hablé en su momento), tendrá, en principio, idéntica obligación de pagar al usufructuario los frutos netos y la forma y tiempo de hacerlo, salvo otra previsión en el título constitutivo.

### C) **El propietario, centro de responsabilidades en el usufructo atípico**

Dada la complejidad del papel (posición) que juega el propietario de la cosa usufructuada en este usufructo –actividad en la posesión, en la explotación y en la entrega de los frutos–, el abanico de sus deberes jurídicos y responsabilidades es mucho más amplio que las del usufructuario, a cuya pasividad aludí en momento anterior, y que las del nudo propietario en el usufructo ordinario (poco activo también).

Aunque se entrecruzan en su naturaleza y ubicación en el conjunto, cabe distinguir las siguientes *responsabilidades del propietario*: a) Están, en primer lugar, las derivadas directamente del

negocio jurídico constitutivo del usufructo, como sería una carga modal impuesta en testamento o donación, u obligaciones concretas derivadas del acto oneroso pero marginales respecto del usufructo. b) Hay deberes jurídicos: unos son el reverso (situación jurídica pasiva) de posiciones activas del usufructuario y vinculados, en general, al hecho de ir referidas a una misma cosa las de ambos; otros son verdaderas obligaciones autónomas (vinculadas al contenido de ese derecho), que generan derechos de crédito (del usufructuario o de terceros), y entran dentro del aspecto obligacional de su relación (el llamado «contenido conexo» del usufructo); distintas todas ellas de los límites institucionales de su titularidad en el marco de la relación usufructuaria. c) Responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones institucionales o de gestión, que pueden ser amplias (mayores, desde luego, que las del usufructuario) dado su gran juego e intervención personal en la vida de este usufructo. d) Hay luego las propias del usufructo atípico, de las cuales algunas están relacionadas con la posesión y explotación de la cosa, como son las de su conservación y reparaciones, o las implicadas en su diligente explotación para la obtención de frutos para el usufructuario (vistas unas y otras, y justificadas, poco ha). e) Finalmente, como más importante y típica obligación del propietario, la de entregar al usufructuario los frutos (en sentido amplio) de la cosa gravada, también mencionada.

### 3. EXTINCIÓN DE ESTE USUFRUCTO

#### A) Causas de extinción

El usufructo atípico sin posesión se extingue por las mismas causas que el típico, tanto las mencionadas en el artículo 513 CC como las omitidas en el mismo (ineficacia del título constitutivo, usucapión liberatoria de la cosa...). De las causas legales *ex* artículo 513 solo ofrecen alguna particularidad la consolidación y la prescripción o no uso. Veamos.

a) *La consolidación.* No son distintos respecto del usufructo del CC esp. los presupuestos subjetivos y objetivos de la consolidación, ni su eficacia *ope legis* (de forma automática sin necesidad de ningún consentimiento: cfr. R. DGRN de 6 junio 2012); mas aquella eficacia es solo respecto de las personas entre las que tiene lugar la sucesión del derecho que la produce, con lo que quedan a salvo ciertos derechos de terceros y los negocios jurídicos celebrados por estos con nudo propietario o usufructuario antes de la consolidación. Tal



mecánica funcional, de tipo general (con sus excepciones también generales) se da cuando la consolidación se produce en la cabeza del nudo propietario, pero no en la misma forma cuando ha lugar en la persona del usufructuario, porque éste podría oponerse, en mi opinión, a la extinción de su derecho si tiene interés en la no extinción (por ejemplo, por su incapacidad para la posesión y explotación de la cosa usufructuada, y preferir enajenar a tercero la nuda propiedad recibida y seguir percibiendo los frutos por vía de usufructo): así lo permite el artículo 561-16.1-c) CCC («... excepto si los usufructuarios tienen interés en la continuidad de su derecho»), y no veo inconveniente que pueda darse también, por su racionalidad, en el marco del CC esp.: sería un «usufructo de propietario», y aquélla una «consolidación no extintiva», como ocurre en el caso del artículo 107-1.º LH (cuya doctrina se le aplica indirectamente).

b) *El no uso y prescripción.* Sean estas causas distintas de extinción o una sola –yo me inclino por la primera tesis, porque no coinciden exactamente–, su funcionamiento es idéntico, bajo el paraguas y régimen de la prescripción. En todo caso se trata de una objetiva falta de ejercicio de las facultades inherentes al usufructo, cualquiera que sea su causa. Pues bien: ¿en qué consistiría en el usufructo atípico esa falta de ejercicio, el no uso del usufructo?; ¿en cuál de sus dos protagonistas debería darse la inactividad que diera lugar al no ejercicio del usufructo? Yo creo que debe ser conjunta, de ambos, porque la inactividad del usufructuario es su pasividad normal en el usufructo atípico (se lo dan todo hecho) y la sola del nudo propietario (no pagar los frutos netos) sería antes un simple incumplimiento de su obligación principal. La citada inactividad conjunta prescriptiva consistirá en ese no cumplimiento del nudo propietario mas la no reclamación por impago por parte del usufructuario durante todo el tiempo apto para la prescripción (arts. 1962 y 1963 CC esp., y 121-2 CCC), porque de ambos resulta el inejercicio pleno de lo que es el usufructo.

## B) Efectos de la extinción.

Son en este usufructo prácticamente idénticos a los del típico ordinario: desaparición del mismo como entidad jurídica autónoma, su absorción por la nuda propiedad, sin que ello suponga transmisión del *ius fruendi* al nudo propietario. A veces, junto a esos, que suponen un agotamiento de las (o de ciertas) relaciones concretas usufructuario-nudo propietario y el nacimiento de otras, ha lugar a efectos colaterales asociados a la extinción, no extintivos ni directamente consecuencia de la extinción; mas todo ello según el esquema funcional tipo de la extinción del usufructo, al que remito.

Particularmente interesantes son los efectos de la extinción para tercero, en general, y sobre todo en la extinción por consolidación, en el caso de derechos de terceros nacidos de actos celebrados con el usufructuario o con el nudo propietario antes de la extinción por esa causa, que solo se extinguen si el hecho que produce la consolidación no depende de la voluntad del usufructuario, pero, al modo del artículo 107-1.º LH, no se extingue si concluyeron el usufructo por su voluntad.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIGLIAZZI GERI, Lina: *Usufrutto, uso e abitazione*, en el *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dir. Cicu y Messineo), Giuffrè Ed., Milano, 1979.
- CARBONNIER, Jean: *Droit Civil*, tomo. II, Presses Universitaires de France, París, 1962.
- CIAN, Giorgio: *Commentario breve al Codice civile. Complemento giurisprudenziale*, 8.ª ed., CEDAM, Milano, 2007.
- DE MARTINO, Francesco: *Usufrutto, uso e abitazione*, 4.ª ed., Bologna, 1978.
- DURAND, Sylvain: *L'usufruit successif*, Defrénois, París, 2006.
- FARINE FABRO, Alexandra: *L'usufruit immobilier*, Ed. Universitaires, Friburgo, 2000.
- FRANK, Rainer: *Staudingers Kommentar zum BGB*, vol. III (*Sachenrecht*), Sellier, Berlin, 2002.
- PLAIA, Armando: «Usufrutto, uso, abitazione», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, tomo XIX, UTET, Torino, 1999.
- POHLMANN, Petra: «Comentario §1046 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 6 (*Sachenrecht*), Verlag C. H. Beck, München, 2004.
- PUGLIESE, Guiseppe: *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Usufructo, uso y habitación*, 3.ª ed, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- *Los derechos reales de goce en cosa ajena*, Cizur Menor, 2019.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «El usufructo vidual intestado en el Derecho catalán», *RJC*, 1986.
- VENEZIAN, Giacomo: *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2.ª ed., Napoli-Torino, 1931-1936.
- WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz, y EICKMANN, Dieter: *Derechos Reales*, 7.ª ed., (traducción de Cañizares Laso, Miquel González, Rodríguez Tapia y Rodríguez-Rosado), volumen II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007.

# La configuración estatutaria del deber de lealtad: sus relaciones con el régimen de retribución de los administradores y con el mercado de capitales\*

**LUIS HERNANDO CEBRIÁ**  
Profesor titular de Derecho mercantil  
Universidad de Valencia

## RESUMEN

*El presente trabajo analiza las posibilidades de configuración del deber de lealtad de los administradores sociales y el medio adecuado para su realización. Junto a las vías de ampliación, material y subjetiva, del ámbito de los conflictos de intereses, así como de la concreción, en su caso, de las conductas en las que se pueden manifestar, el trabajo da repaso, a su vez, a las interacciones entre el régimen del deber de lealtad y la concesión de dispensas específicas para cada conducta con el legalmente establecido para la retribución de los administradores sociales. En él, la mención estatutaria del sistema de retribución juega un papel fundamental en aras a la seguridad jurídica, y ello aun cuando la retribución pueda ser atípica, esto es, no se incluya en el listado que recoge la regulación societaria. En apartados separados, el trabajo recoge las tendencias regulatorias en otras jurisdicciones para la admisión de la renuncia anticipada por la sociedad de las prohibiciones de aprovechamiento de las oportunidades de negocio y de no competencia, así como las motivaciones para la disponibilidad de estas manifestaciones del deber de lealtad. A tal fin, lleva a cabo una propuesta de adaptación de nuestro régimen jurídico a las*

---

\* El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación del Programa estatal de I+D+I orientado a los retos de la sociedad, dentro del Plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020, «Transparencia y digitalización en el Derecho europeo de sociedades» (PID2019-105436RB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación, del que son investigadores principales la profesora Carmen Boldó Roda y el autor, con referencia AEI/10.13039/501100011033; y en el proyecto de investigación de «Derecho de sociedades e intermediarios financieros en la Unión Europea» (AICO/2021/166), dentro del Subprograma para la consolidación y fortalecimiento de proyectos y grupos de I+D+i consolidados, financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que son investigadores principales la profesora Vanessa Martí Moya y el autor.

*nuevas realidades del mercado de capitales y de la influencia societaria, que ha de venir acompañada de las adecuadas cautelas para proteger los distintos intereses implicados y cuyo mejor medio ha de pasar por su incorporación a los estatutos sociales.*

### **PALABRAS CLAVE**

*Deber de lealtad, administradores sociales, estatutos sociales, retribución, oportunidades de negocio, competencia, dispensa, renuncia.*

## **The configuration of the duty of loyalty in the Bylaws: relationships with the remuneration of the directors and with the capital market**

### **ABSTRACT**

*The paper analyses the possibilities of configuration of the directors' duty of loyalty and the adequate means for its realization. Along with the ways of expansion, material and subjective, of the scope of conflicts of interest, as well as the specification, where appropriate, of the behaviours in which conflicts may arise, the study reviews the interactions between the regime of the duty of loyalty and the granting of specific disclaimers for each conduct with the legal regime for the remuneration of directors. There, incorporation to the bylaws of the remuneration system plays a fundamental role, for the sake of legal certainty, even when the remuneration may be atypical, as it is not included in the list mentioned in the regulation. In separate sections, the study focuses in the regulatory trends in other jurisdictions for the admission of a company's waiver of the prohibitions of taking advantage of business opportunities and of non-competition, as well as in the motivations for considering these manifestations of the duty of loyalty as a default rule. To this end, the paper develops a proposal to adapt the Spanish legal system to the new realities of the capital markets and of the corporate influence, which must be accompanied by adequate cautions to protect the different interests involved via its incorporation into the company's bylaws.*

### **KEY WORDS**

*Duty of loyalty, directors, bylaws, remuneration, business opportunities, non-competition, disclaimer, waiver.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *Rasgos configuradores del régimen jurídico del deber de lealtad en el marco de los deberes de los administradores sociales:* 1. *La configuración legal del deber de lealtad:*

las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad y los conflictos de intereses. 2. El régimen legal de la imperatividad y la dispensa.—III. *Las posibilidades de ordenación estatutaria del deber de lealtad*: 1. La compleja delimitación las operaciones vinculadas. 2. El uso de activos sociales como vía de retribución a los administradores sociales. 3. Las relaciones de servicios y de obra en las sociedades de responsabilidad limitada. 4. El uso de la información confidencial de la sociedad con fines privados. 5. Obtención ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño del cargo de administrador. 6. Las posibilidades de configuración estatutaria de la doctrina de las oportunidades de negocio: la renuncia frente a la dispensa: 6.1 Consideraciones preliminares. 6.2 El Derecho estadounidense como «derecho orientado al mercado de capitales» frente al Derecho inglés y la «doctrina de la fiducia». 6.3 La casuística en el Derecho estadounidense: 6.3.1 Pequeñas sociedades: innovación y *Start-Ups*. 6.3.2 Cooperación y *Joint-Ventures*. 6.3.3 Grandes sociedades: *Venture Capital* y partes vinculadas. 6.3.4 El mercado de los administradores sociales y directivos y el fenómeno de los *Interlocking Directorates*. 6.4 Fundamentos de la renuncia o de la limitación de las oportunidades de negocio: la dispensa y los problemas de agencia. 6.5 Límites de la renuncia: su casuística y los deberes de confidencialidad y del uso de activos. 6.6 Formas y aspectos subjetivos de la renuncia: 6.6.1 La renuncia contractual. 6.6.2 La incorporación de la renuncia a los estatutos sociales. 6.6.3 La modificación de los estatutos sociales y la protección de las minorías. 6.7 El régimen de responsabilidad de los administradores y de impugnación de los acuerdos. El interés social como punto de encuentro. 7. La prohibición de competencia y de conflictos permanentes con la sociedad: 7.1 La posición legal española y su contraste con la doctrina alemana. 7.2 La exoneración de la prohibición de competencia como retribución al administrador y las distribuciones encubiertas. 7.3 La exclusión estatutaria: supuestos y «cláusula de apertura» que autorice el acuerdo de los órganos sociales. 7.4 La concesión presunta de la autorización. 7.5 Extensión subjetiva a las personas vinculadas y a los socios. 7.6 La relación contractual de los delegados. 7.7 La modificación estatutaria para la renuncia de la sociedad o la limitación de la prohibición de competencia: 7.7.1 Reglas de información a los socios. 7.7.2 Régimen de las mayorías y de los conflictos de intereses. 7.7.3 El interés social como criterio rector y las acciones de impugnación.—IV. *Reflexiones conclusivas*.—Bibliografía.—Índice jurisprudencial y de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende abordar las posibilidades de configurar estatutariamente el marco de conductas que puedan tener cabida en el deber de lealtad de los administradores sociales.

*Prima facie*, esta pretensión puede resultar, pensará inmediatamente el avezado lector, contraria a la previsión del apartado primero del artículo 230 de nuestra Ley de sociedades de capital, que, al paso que establece el carácter imperativo del deber de lealtad y la responsabilidad por su infracción, impide que los estatutos puedan en modo alguno limitarlo o, en su caso, excluirlo.

Conocedores de esta programación del deber de lealtad en nuestro Derecho de sociedades, el objeto del presente trabajo consistirá, en primer lugar, en ubicar la cuestión dentro del complejo régimen actual, preventivo de las conductas desleales de los administradores y de las obligaciones básicas que dimanar de este deber, para luego, en una segunda instancia, identificar las situaciones que puedan dar lugar a conflictos de intereses con la sociedad. Sobre esta base, el estudio analizará las posibilidades para que los estatutos sociales puedan ampliar o, específicamente, concretar, en diversos ámbitos, las conductas debidas de los administradores y, en otros, delimitar las personas a las que alcance en conflicto. Todo ello en consonancia con la reciente ampliación del parámetro de vinculación de los administradores sociales.

En el desarrollo del análisis, el estudio prestará atención a aquellas conductas que, al mismo tiempo que puedan ser consideradas dentro del catálogo legal de los conflictos de intereses, puedan recaer en el marco del régimen de retribución de los administradores sociales. A tal efecto, considerará la eventual interacción de ambos regímenes en nuestro sistema jurídico y la incidencia que, en particular, puede tener sobre la dispensa. Por último, pasará revista al actual tratamiento que aquellas jurisdicciones con mayor tradición en la regulación y la visión jurisprudencial de las distintas doctrinas, como la norteamericana en torno al aprovechamiento de las oportunidades de negocio, y la alemana para la autorización de la prohibición de competencia, conceden a la posibilidad de limitar o exonerar la deslealtad de los administradores por estas conductas. Todo ello a fin de evaluar su eventual encaje en nuestro sistema, más allá del régimen de dispensa legalmente establecido<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Con un perfil distinto, esto es, desde el análisis del deber de lealtad, si bien dentro del marco de los deberes de los administradores sociales, volvemos al tema tratado en nuestro anterior trabajo «La configuración estatutaria del deber de diligente administración», publicado en el número 34 de la Revista de derecho de sociedades, años 2010-1, en sus páginas 125 a 165.

## II. RASGOS CONFIGURADORES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEBER DE LEALTAD EN EL MARCO DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

### 1. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DEBER DE LEALTAD: LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD Y LOS CONFLICTOS DE INTERESES

En nuestro Derecho de sociedades, como es bien sabido, el deber de lealtad pivota sobre la exigencia de actuación del administrador como un fiel representante, que ha de obrar de buena fe y en el interés de la sociedad<sup>2</sup>. No obstante, la conveniencia de reordenar las conductas en las que se puede manifestar la deslealtad llevó al legislador patrio, en la relevante reforma de la Ley de sociedades de capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, a dar una nueva estructura normativa a tal deber. De esta manera, la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio y de competencia y el deber de secreto, junto con la previsión de eventuales conflictos de intereses, quedaron ubicadas en diferentes instancias dentro de la regulación.

Algunos de estos deberes y prohibiciones resultaron así recogidos en el artículo 228 de la Ley de sociedades de capital, como obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. El deber de secreto fue incorporado al elenco de estas «obligaciones básicas», junto al ejercicio de facultades para los fines para los que sean concedidas, el principio de responsabilidad personal y la libertad de criterio e independencia. Las prevenciones ante eventuales conflictos de intereses, de otra parte, encontraron desarrollo en diferentes apartados de este artículo<sup>3</sup>. Por el contrario, el resto de las conductas, como la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador y de aprovechar oportunidades de negocio y de competencia, se desplazaron a aquellas conductas que, «en particular», nos dice el artículo 229 de la Ley, implican situaciones de conflicto de intereses. A ellas se añadieron las transacciones «significativas» con la sociedad, el uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados, la prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros y otros conflictos permanentes con el interés social<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> *In extenso*, en nuestro trabajo (2015, pp. 137-186).

<sup>3</sup> Por todos, ALFONSO SÁNCHEZ (2015, pp. 187-239).

<sup>4</sup> *Ibidem*, BOLDÓ RODA (2015, pp. 241-280).

Sobre la base de todo este entramado normativo y de conductas, más o menos concretadas por las normas en sus distintas gradaciones, el legislador español acoge la llamada regla «ningún conflicto», de manera que su conocimiento impone al administrador la activación del régimen de esta regulación preventiva<sup>5</sup>. La aspiración normativa, por lo tanto, consiste en atajar aquellas situaciones de riesgo objetivo que puedan comprometer su deber de procurar el favorecimiento del interés social en cualquiera de sus actuaciones<sup>6</sup>. Con todo, aquí cabe ya reconocer la que visión «particular» de las obligaciones básicas del deber de lealtad y de las situaciones que dan lugar a los conflictos de intereses no agotan el catálogo de las conductas que pueden entrañar una deslealtad del administrador hacia la sociedad<sup>7</sup>.

Unas, por lo tanto, encuentran plena plasmación normativa y, por lo tanto, quedan sometidas al sistema preventivo previsto en el régimen del deber de lealtad. Otras, sin embargo, escapan de estas conductas «típicas». Pero tal atipicidad no impide que el afectado por la deslealtad, principalmente la sociedad, pueda entablar las acciones de resarcimiento del daño causado, mediante verbigracia el ejercicio de una acción social de responsabilidad, o ejercitar cualquiera de las pretensiones previstas en el artículo 232 y 227.2 de la Ley de sociedades de capital. Así las cosas, cabe anticipar en esta instancia que los socios, por mor de la libertad de pactos que les confiere el artículo 28 de la Ley, pueden incluir en la escritura constitutiva y, singularmente, en los estatutos sociales aquellas conductas que, a pesar de quedar fuera del marco de las previsiones legales de la deslealtad, puedan considerar que afectan a la posición del administrador de procurar el interés social. Con esta visión profiláctica, los socios pueden, en consecuencia, prever supuestos distintos de los contemplados legalmente, como el caso en el que un familiar cercano o conviviente del administrador constituya una sociedad que sirva para canalizar alguna de las conductas prohibidas, o bien la concesión de favores entre administradores con vulneración, a la postre, del deber de lealtad<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Sobre las manifestaciones del deber de lealtad, contenidas en el artículo 228 de la Ley de sociedades de capital, como reglas «ningún conflicto», entre nosotros, JUSTE MENCÍA (2015, Mg. 58), DÍAZ RUIZ (2015, p. 594) y DEL VAL TALENS (*RdS*, 2017, pp. 235-7).

<sup>6</sup> Sobre el «conflicto de interés» como un tipo de peligro abstracto, PAZ-ARES RODRÍGUEZ y JORDANO LUNA (*RdS*, 2022, ap. 5.1).

<sup>7</sup> Así, PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2021, pp. 2107-2128), y con JORDANO LUNA (*AJUM*, 2021, p. 102). Sobre la relación entre el riesgo y la lateralidad, de otra parte, MEGÍAS LÓPEZ (*La Ley Mercantil*, 2021, p. 4).

<sup>8</sup> La regla 11.d de la NIC 24 no considera parte vinculada a «(d) cualquier cliente, proveedor, franquiciador, distribuidor o agente en exclusiva con los que la entidad realice un volumen significativo de transacciones, simplemente en virtud de la dependencia económica resultante de las mismas». Para PAZ-ARES RODRÍGUEZ y JORDANO LUNA (*RdS*, 2022, ap. II) estas situaciones habrían de encontrar una contestación jurídica, en su caso, a través del Derecho de la competencia (por abuso de posición dominante del art. 2 LDC o mediante el



De otro lado, el sistema legal en torno al deber de lealtad, por influjo de los códigos de buen gobierno en las sociedades cotizadas, ha desarrollado los mecanismos a aplicar ante los eventuales conflictos de interés y la obtención de beneficios ilegítimos por parte de los administradores sociales<sup>9</sup>. Todo ello se ha traducido en la configuración de unas reglas procedimentales. *Ex ante*, incumbe al administrador la adopción de las medidas necesarias para evitar incurrir en tales situaciones de «conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad». Junto a las medidas de cumplimiento normativo, la plasmación de un efectivo conflicto de intereses le impone su comunicación a la sociedad a través del órgano social correspondiente. Pero, además, la necesidad de asegurar la independencia del órgano le exige un deber de abstención en la deliberación y en la votación de cualquier acuerdo o decisión cuando resulte afectado por el conflicto entre un interés propio o ajeno y el de la sociedad<sup>10</sup>. De esta suerte, desde este punto de vista de la regla «ningún conflicto», en principio resulta indiferente tanto la ausencia de mala fe en el comportamiento del administrador, como la falta de perjuicio a la sociedad<sup>11</sup>.

## 2. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA IMPERATIVIDAD Y LA DISPENSA

Como indica el apartado primero del artículo 231 de la ley de sociedades de capital, sobre el que luego incidiremos, el régimen

abuso de la situación de dependencia económica del art. 16.2 LCD) o del derecho contractual (mediante el recurso cláusulas generales de abuso y buena fe, «intimidación económica», etc.). Como advierte EMPARANZA SOBEJANO (2015, p. 299), esta restricción no impide que el socio mayoritario siga teniendo la posibilidad de excepcionar el cumplimiento del deber de lealtad del administrador cuando actúe como tal otra persona de su confianza. Por otra parte, frente a las «partes vinculadas originarias», como los administradores, los altos cargos y los socios de referencia, y con referencia en las «partes vinculadas derivadas», PAZ-ARES RODRÍGUEZ y JORDANO LUNA (*RdS*, 2022, ap. 6.1.b.), incorporan otros sujetos como «al amigo del alma, al amante o al discípulo más dilecto del presidente ejecutivo» respecto de los cuales no resultarían aplicables las reglas de abstención; lo cual no impide, sin embargo, que este comportamiento pueda dar lugar a una impugnación del acuerdo de la operación vinculada por infracción del interés social, a cuyo efecto remiten a la sentencia en el asunto de Central Lechera Asturiana (SJM Oviedo 9-I-2014, JUR 2015/102597) y al reconocimiento de un conflicto de interés y, en su caso, a una responsabilidad de los administradores o, incluso, a la restitución del lucro que puedan haber obtenido con posterioridad a la operación. En estos supuestos, como una cuestión de acreditación de la vinculación, por otra vía, con el administrador, GARCÍA GARCÍA (2021, p. 3207).

<sup>9</sup> En torno a la «extracción de beneficios privados», PAZ-ARES RODRÍGUEZ (*AJUM*, 2015, p. 55).

<sup>10</sup> Así, para PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2016, pp. 445-6), como «una presunción *iuris et de iure* de conflicto de interés, incluso aunque de hecho no exista».

<sup>11</sup> Por todos, EMPARANZA SOBEJANO (2015, p. 296); JUSTE MENCÍA (2015, p. 423), y PAZ-ARES RODRÍGUEZ (*AJUM*, 2015, p. 57).

relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción tiene un carácter imperativo, si bien a continuación la norma establece las condiciones que permiten su dispensa<sup>12</sup>. Con una clara vocación en las tendencias del movimiento del *Corporate Governance* y su incidencia sobre los códigos de buen gobierno, la reforma para la mejora del gobierno corporativo, a su vez, reconoce, si bien de forma implícita, dos tipos de conflictos. Junto a aquella clasificación que distingue entre unos conflictos típicos y otros atípicos<sup>13</sup>, en esta instancia diferencia entre unos conflictos de rango menor, que pueden resultar dispensados por los administradores no afectados por él, y otros de mayor relevancia, que, por lo tanto, requieren la aprobación de la Junta general. Como excepción quedaría la utilización del nombre de la sociedad o su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, que, a falta de mención específica, se ubica fuera de la posibilidad de dispensa.

De este modo, constituyen «conflictos menores», sometidos a la autorización singular de los miembros del órgano de administración no contaminados por el conflicto, aquellas dispensas relativas a una determinada transacción con la sociedad cuyo valor no supere el diez por ciento de los activos sociales, el uso de ciertos activos

<sup>12</sup> Como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 2020 (núm. 613, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena), en su Fundamento de Derecho octavo, «El régimen legal relativo al deber de lealtad es imperativo, sin perjuicio del régimen de dispensas previsto en la ley, y se impone a una regulación estatutaria que lo limite indebidamente o que imposibilite la efectividad de dicho deber. En consecuencia, si se considera que el régimen estatutario establecido tras la entrada de Duro Felguera en el accionariado de EIA XXI (fundamentalmente, las previsiones estatutarias que establecieron el derecho de representación proporcional del socio minoritario junto con la concesión a los administradores nombrados de este modo de derecho de veto en las materias fundamentales), por las circunstancias concurrentes (que ese socio minoritario con derecho a nombrar administradores sociales por el sistema de representación proporcional se encuentra en un conflicto de interés estructural con la sociedad), es incompatible con el deber de lealtad de los administradores sociales, dichas previsiones estatutarias no pueden ser opuestas frente a la imperatividad del deber de lealtad establecido en la ley»; pero sin embargo, declara en su Fundamento noveno que «(n)o procede considerar nulas tales previsiones estatutarias por cuanto que la mera previsión de un derecho de representación proporcional del socio o socios minoritarios y el establecimiento de mayorías reforzadas en el consejo de administración no son, en sí mismas, contrarias al deber de lealtad. En el presente caso, lo que determina esa incompatibilidad con el deber de lealtad son las concretas circunstancias concurrentes. Pero si las acciones de Duro Felguera fueran transmitidas a quien no esté en conflicto de interés con EIA XXI, o finalizaran las relaciones contractuales entre Duro Felguera y EIA XXI causantes del conflicto, no existiría ningún obstáculo para la aplicación de las citadas previsiones estatutarias».

<sup>13</sup> En este orden de cosas, ZIEMONS (2017, Mg. 221), incluye otras conductas que pueden perjudicar el interés social, como el deber de abstenerse de hacer declaraciones que puedan dañar la reputación de la empresa ante el público. Además, el director gerente puede estar sujeto a un comportamiento en su ámbito privado en la medida en la que el interés de la sociedad pueda verse afectado negativamente por sus actuaciones; verbigracia, su compromiso político no debe tener un efecto perjudicial en la imagen de la sociedad, cuando comporte, por ejemplo, una vulneración de los valores constitucionales.

o el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio<sup>14</sup>. El resto, al tratarse de conflictos de mayor significación para la estabilidad social y la solvencia empresarial de la entidad, requieren la autorización expresa de la Junta general<sup>15</sup>. En esta órbita queda ubicada la dispensa para aquellas transacciones cuyo valor supere el diez por ciento de los activos sociales, para poder obtener una ventaja o remuneración de un tercero y la relativa al desarrollo de una actividad en competencia con la sociedad. A las anteriores se une, en las sociedades de responsabilidad limitada, la autorización para la prestación de cualquier clase de asistencia financiera de la sociedad a favor del administrador y para el establecimiento de una relación de servicios u obra.

Desde otra perspectiva, se ha de estar a las condiciones para que, en su caso, la dispensa pueda ser concedida y, con ella, excluida la imperatividad del régimen que recae sobre el deber de lealtad del administrador<sup>16</sup>. En el aspecto sustantivo, en relación con la eventual autorización de los llamados «conflictos menores», sobre los que pueden decidir los administradores no conflictuados, la operación ha de resultar inocua para el patrimonio social o, en su caso, se ha de llevar a cabo en condiciones de mercado<sup>17</sup>. Junto a lo anterior se ha de considerar, igualmente, la adopción de los medios necesarios para asegurar la transparencia del proceso<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> A favor de atribuir competencia la Junta general, en particular por mor de la protección que merecen los socios minoritarios, merced a la eventual vinculación del administrador con los socios mayoritarios, SIEG y ZEIDLER (2017, pp. pp. 91-2). Piénsese en una decisión acerca del reparto de beneficios que impida que la sociedad pueda luego llevar a cabo las inversiones necesarias para asumir la oportunidad de negocio, como apuntan GILSON y GORDON (2003, pp. 8-9).

<sup>15</sup> Véase que, en este punto, el apartado cuarto del artículo 9 quater de la directiva (UE) 2017/828 confiere a los Estados miembros un amplio margen para que puedan garantizar que las operaciones importantes con partes vinculadas estén sometidas a «procedimientos que eviten que una parte vinculada se aproveche de su posición y proporcionen una protección adecuada de los intereses de la sociedad y de los accionistas que no sean partes vinculadas, incluidos los accionistas minoritarios». A tal efecto, cuando la aprobación corresponda a la Junta general, todavía los Estados pueden permitir a los accionistas el ejercicio de su derecho de voto cuando estas operaciones importantes con partes vinculadas hayan sido aprobadas por el órgano de administración o de supervisión de la sociedad; si bien, en este caso, el Derecho nacional ha de establecer unas medidas preventivas para proteger los intereses de la sociedad y de los accionistas que no sean partes vinculadas, incluidos los accionistas minoritarios, de modo que la operación no pueda aprobarse sin el voto favorable de la mayoría de los accionistas que no sean partes vinculadas o sin la mayoría de los administradores independientes.

<sup>16</sup> Entre nosotros, EMPARANZA SOBEJANO (2015, p. 293) y PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2016, p. 446).

<sup>17</sup> La realización de un acto en conflicto de intereses con una persona vinculada, sin embargo, aun sin seguir el régimen preventivo de comunicación, abstención y, en su caso, dispensa, puede no dar lugar a perjuicio para la sociedad, cuando, verbigracia, se lleve a cabo de manera inocua para el patrimonio social o, en su caso, en condiciones de mercado, y siempre que resulte acreditada la transparencia del proceso.

<sup>18</sup> En el ámbito norteamericano, respecto del «Fainess Test» y el entendimiento de su aplicación, pueden verse HAMERMESH y STRINE (2017, pp. 1-44) y LICHT (2020, pp. 1-73).

No obstante, en situaciones de administración unimembre, pero también en otras donde el otro administrador o el resto de los administradores se hallen afectados por la situación de conflicto, la dispensa se ha de desplazar a la Junta general, a falta de otra alternativa en nuestro Derecho, como el sometimiento a la autorización de un órgano de vigilancia<sup>19</sup>. Sin embargo, el traslado de la competencia a la Junta general será más frecuente en las sociedades de menor dimensión, y preferentemente en las de carácter familiar. Y ello merced a las particulares relaciones entre los miembros del órgano de administración, cuando el resto de administradores también resulten afectados por ser personas vinculadas al administrador en situación de conflicto. Lo anterior se ha de entender sin perjuicio de que el acuerdo o el acto de dispensa requiera, en su caso, la aprobación de la Junta, por tratarse de un asunto de su competencia. Véase, verbigracia, el supuesto de una operación vinculada que recaiga dentro de la esfera de la letra a del apartado primero del artículo 229 y que alcance a un activo esencial, cuya adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad es competencia de la Junta en virtud del apartado f del artículo 160 de la Ley.

El sistema se estructura desde la tutela del interés social y encuentra su traslación en la necesidad de proteger a los socios minoritarios y a los acreedores sociales, de manera que el artículo 231 delimita un parámetro de vinculación de personas, físicas y jurídicas, especialmente relacionadas con el administrador. Por ello, junto a la intervención de los administradores no afectados y el deber de abstención y de no influencia en la deliberación de los administradores en conflicto o vinculados con aquellos que se hallen en tal situación, el régimen del deber de lealtad incorpora ciertas reglas de comunicación. Así las cosas, dentro del marco de la información exigible al administrador, resultará esencial para la validez de la dispensa que éste haya aportado al órgano competente, es decir, al resto de los administradores no afectados por el conflicto o a la Junta general, todos los datos necesarios sobre la situación, a fin de que resulte suficientemente garantizada la transparencia del proceso de la concesión o de la denegación de la dispensa<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Quizá, para las sociedades cotizadas, la necesaria presencia de comisiones de nombramientos y de retribuciones, formada mayoritariamente por administradores independientes, podría permitir que asumiera tal función, si así fuera autorizado por los estatutos sociales y resultara, en todo caso, garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado (cfr., art. 230.2.3.º, con el artículo 529 quince de la Ley).

<sup>20</sup> Puede verse también en la § 8.70(1)(ii) de la *Model Business Corporation Act* cuando reclama una divulgación previa a quienes actúen en nombre de la sociedad de todos los hechos relevantes relacionados con la oportunidad comercial conocida por el administrador o por el directivo («the director or officer shall have made prior disclosure to those acting on behalf of the corporation of all material facts concerning the business opportunity

La exigencia de la transparencia del proceso resulta igualmente reclamable de los administradores cuando la competencia corresponda a la Junta por mor de su deber de información. Aquí el problema puede trascender al derecho de información del socio cuando el conflicto pueda conllevar la revelación de ciertos datos que el órgano de administración haya de mantener en secreto en aras a la protección del interés social. En tal caso, los administradores han de considerar las reglas informativas de los artículos 196 y 197 de la Ley, que, sin embargo, no van a ser objeto de mayor análisis en este trabajo, pero que constituyen un aspecto sensible, ante una eventual impugnación del acuerdo<sup>21</sup>.

Dentro de aquellas materias que son susceptibles de dispensa por la Junta general, la solución legal presta una singular atención a las reglas sustantivas que permiten, en particular, excluir la prohibición de competencia a la que queda sometido el administrador<sup>22</sup>. En consecuencia, el acuerdo ha de considerar si, en el transcurso del tiempo para el que sea concedida la dispensa, y de su ámbito espacial y material, cabe que pueda resultar un daño para la sociedad o que las ventajas que esta situación reporte no compensen los daños que pueda causarle o que, ante la eventualidad de un conflicto potencial, se advierta un riesgo relevante de perjuicio<sup>23</sup>. En todo caso, la configuración de

---

known to the director or officer»). Con todo, los comentarios a la Ley modelo del *Committee on Corporate Laws* de la *ABA Business Law Section* reconocen que el procedimiento para alcanzar un «puerto seguro» protege al administrador o al directivo, aun cuando no divulgara un hecho relevante relacionado con la oportunidad de negocio, si no tuviera conocimiento de ese hecho. Igualmente, sobre la necesidad de que el administrador informe convenientemente de los detalles, de los potenciales beneficios y de los riesgos asociados a la oportunidad que se presenta a la sociedad, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) de 8 de mayo de 1989 –II ZR 229/88, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1989, 2687, 2688–. Entre nuestra jurisprudencia menor, puede verse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 1 de julio de 2019 (núm. 337, Ponente: Illmo. Sr. D. Gregorio Plaza González), que incide en las garantías que ha de revestir la referida dispensa, sin que sea suficiente el conocimiento que la otra socia de la entidad pueda tener acerca de la situación; así, pues, ha de concurrir «la necesaria transparencia por parte del administrador. No puede admitirse una dispensa o ratificación sin una precisa información por parte del administrador de las perspectivas que entienda favorables –ya que era su interés adquirir la participación– del negocio proyectado y asumido inicialmente por la sociedad. Sin esa debida información, veraz y completa, no es posible entender eficaz ninguna dispensa previa al conflicto de intereses o ninguna ratificación posterior... Y es obligación del administrador facilitarla y acreditar su satisfacción y su alcance. Sin transparencia no hay ratificación admisible de un negocio además captado por el propio administrador, no abandonado por la sociedad sin su intervención».

<sup>21</sup> En este orden de cosas, el sometimiento a la aprobación de la Junta, verbigracia, de una oportunidad de negocio o de una transacción, puede hacer que otros socios igualmente tengan conocimiento de su existencia y que, con ello, puedan llevar a cabo una actividad económica en competencia.

<sup>22</sup> Para una aproximación, EMPARANZA SOBEJANO (2015, p. 296). Asimismo, PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2016, p. 447) y JUSTE MENCIA (2015, p. 417, Mg. 14).

<sup>23</sup> Para la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1986 (núm. 544, Ponente: Excmo. Sr. Ramón López Vilas), si bien en el ámbito de las sociedades colectivas, «basta probar la existencia de esa actividad comercial “concurrente”, o lo que es igual, perteneciente a la especie de negocios a la que se dedique la compañía de la que es

la norma impide que la Junta general, aunque sea con las mayorías oportunas y no obstante el deber de abstención del socio afectado, pueda adoptar un acuerdo autolesivo. Si así fuera, además, el principio de la independencia del administrador que ejecuta un acuerdo contrario al interés social y la legitimación reconocida a los socios y los terceros para el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad permitirían, en última instancia, la reclamación de su responsabilidad (cfr., art. 236.2 y 239.1 y 240 de LSC)<sup>24</sup>.

La concesión de la autorización ha de ser fundada en que no quepa esperar daño para la sociedad o que este se vea compensado por los beneficios que la dispensa prevea obtener. De esta suerte, determinadas situaciones de competencia pueden tener un efecto de desbordamiento (*spill-over effect*) en favor de las entidades involucradas, cuando puedan compartir políticas de innovación, singularmente tecnológica, y de desarrollo de clústeres, de manera que puedan generar economías de escala intramuros para las entidades participantes<sup>25</sup>. Incluso cabría lícitamente pensar en una compensación económica por la concesión de la dispensa que evite el daño que esta situación pueda ocasionar a la sociedad<sup>26</sup>.

También en este sentido puede ser de utilidad la teoría o la doctrina de las ventajas compensatorias dentro de los grupos de sociedades, que permite reconocer que determinados sacrificios de las sociedades filiales puedan resultar compensados con las ventajas que les otorga su participación en el grupo<sup>27</sup>. Sin perjuicio del régimen de

---

socio, sin necesidad de acreditar si tal concurrencia ha provocado, o no, un resultado competencial en el más riguroso sentido económico de menoscabo en los beneficios, dato que fácilmente podría resultar variable y oscilante en el tiempo». También cuando sea general, la dispensa ha de poder ser revisable, pues, como señala la resolución de 16 de marzo de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 16 de abril de 2015) «la dispensa o autorización es singular para la generalidad de los casos y general para la prohibición de competencia». Además, como recoge el apartado segundo del artículo 226 de la LSC, las decisiones en torno a la dispensa no gozan de la protección de la discrecionalidad empresarial, aun cuando, en tal caso, la decisión correspondía a la Junta general.

<sup>24</sup> Acerca de la relevancia de las *derivative actions*, GERNER-BEUERLE y SCHUSTER (*EBOR*, 2014, p. 215). En esta línea, GIMENO RIBES (RdS, 2021, p. 411).

<sup>25</sup> CASTILLO, V., *et al.*, 2016. Entre nosotros, en alusión al voto particular emitido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2015\10886) por el magistrado D. Juan F. Garnica Martín, en un caso de competencia entre negocios de hostelería, OTEGUI JÁUREGUI (2018, p. 116), destaca su opinión en estos términos: «no puedo ignorar que la proximidad geográfica pueda ser un factor a tomar en consideración, si bien no un factor determinante en un tipo de actividad como la examinada. La concentración de establecimientos de restauración en una zona concreta no creo que constituya precisamente un factor negativo desde la perspectiva de la competencia, sino que es todo lo contrario: constituye un factor positivo, en la medida en que supone una mejora de las condiciones objetivas en las que ambos pueden llevar a cabo su actividad, por cuanto supone un factor de concentración de la clientela».

<sup>26</sup> Asimismo, GALLEGO SÁNCHEZ (2016, p. 383).

<sup>27</sup> VENTORUZZO (*Riv. Soc.*, 2016, pp. 363-391). Según las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (núm. 695, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena)

las operaciones intragrupo previsto en el artículo 231 bis, que, con carácter general, permite la participación de los administradores que representen a la sociedad dominante en las operaciones que la sociedad lleve a cabo con aquella o con otras sociedades del grupo, aquí se trata, de nuevo, de garantizar la inocuidad de la actividad de competencia para el patrimonio social. De igual modo, la doctrina de las ventajas compensatorias permite reconocer que la participación de la filial en el grupo le puede reportar sinergias económicas y, en consecuencia, que también hayan de ser consideradas en la ponderación entre los efectos negativos y positivos<sup>28</sup>. Estos criterios, en suma, entendidos en términos de eficiencia económica, permiten integrar aquellas situaciones en las que la existencia de un riesgo efectivo, que puede entrañar un perjuicio económico para la sociedad, pueda ser suficientemente compensado, de modo que, desde este prisma, quede expedita la vía para la dispensa.

### III. LAS POSIBILIDADES DE ORDENACIÓN ESTATUTARIA DEL DEBER DE LEALTAD

#### 1. LA COMPLEJA DELIMITACIÓN LAS OPERACIONES VINCULADAS

El apartado primero del artículo 229 de la Ley de sociedades de capital, en su letra a, excluye del marco de los conflictos de interés aquellas «operaciones vinculadas» que los administradores realicen en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia. A tal efecto, configura como tales «aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad». Esta caracterización contrasta, sin embargo, con las condiciones previstas en el apartado cuatro del artículo 529 duovicies para la delegación de las «operaciones vinculadas» en las sociedades cotizadas<sup>29</sup>.

---

y de 27 de junio de 2017 (núm. 404, Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo), han de ser verificables o ciertas, sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a «sinergias» o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción; han de mostrar una consistencia real, esto es, han de tener un valor patrimonial; han de guardar proporción con el daño; han de ser razonablemente previsibles; y han de estar justificadas. En comentario a la sentencia de 11 diciembre 2015, EMBID IRUJO (*RDM*, 2016, pp. 301-320) y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*AIEC*, 2017, pp. 1-23).

<sup>28</sup> Las identifica como una suerte de compensación diferida, tanto en el tiempo como en su concreto contenido, y, por lo tanto, de cuenta corriente, EMBID IRUJO (*RDM*, 2016, pp. 314-5).

<sup>29</sup> Así, respecto de aquellas operaciones que se concierten en virtud de contratos cuyas condiciones estandarizadas se apliquen en masa a un elevado número de clientes,

Se percibe, de esta manera, una clara discrepancia en la concepción de las «operaciones ordinarias» entre la parte general del Derecho de las sociedades de capital y el régimen especial o específico previsto para las sociedades cotizadas. Con todo, es cierto que la Directiva (UE) 2017/828 tiene por objeto las «operaciones con partes vinculadas» solamente en estas últimas<sup>30</sup>. Sin embargo, la general remisión, de una parte, a las «transacciones ordinarias» y, de otra, a las normas contables de confección de las cuentas anuales, y el cumplimiento del corolario de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, comporta cierta dualidad en el régimen aplicable a ambos supuestos<sup>31</sup>.

En consecuencia, el criterio seguido por la norma, que alude a las operaciones en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, a tenor del principio de importancia significativa, se habría de poner en concordancia con la relevancia patrimonial o financiera de la transacción para la sociedad<sup>32</sup>. Se puede destacar la función de los estatutos sociales en la concreción de la norma, a efecto, por ejemplo, de delimitar aquellas circunstancias en las que pueda ser necesaria la intervención de un auditor para valorar si la operación sería susceptible de incidir en la «imagen fiel» de la empresa en su conjunto, esto es, en el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la entidad<sup>33</sup>. Quizá aquí una mirada a aquellas operaciones realizadas dentro del giro de la empresa o del curso ordinario de los negocios (en términos de *materiality*) sirva, igualmente, para delimitar aquellas «operaciones» o «transacciones» que

---

que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate y cuya cuantía no supere el 0,5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la sociedad.

<sup>30</sup> Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

<sup>31</sup> Trae origen en el Plan General de Contabilidad, que dedica su parte tercera a las cuentas anuales y, entre dichos documentos, incluye la Memoria. Entre la información que ha de constar en la Memoria, el apartado 23.5 se refiere a la información sobre operaciones vinculadas, que permite excluir la información sobre aquellas «operaciones que, perteneciendo al tráfico ordinario de la empresa, se efectúen en condiciones normales de mercado, sean de escasa importancia cuantitativa y carezcan de relevancia para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa».

<sup>32</sup> En tal sentido, para PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C. y JORDANO LUNA (*RdS*, 2022, ap. II), si bien desde la perspectiva de la información sobre las operaciones vinculadas en las sociedades cotizadas «predomina la motivación fiduciaria de hacer visibles los conflictos de interés sobre la contable de ofrecer la imagen fiel de las relaciones patrimoniales».

<sup>33</sup> La contestación publicada en el número 64 del BOICAC, el 31 de diciembre de 2005, señala que «en los casos en que el fondo económico ponga de manifiesto una discordancia con la forma jurídica empleada, deberá registrarse la operación de acuerdo con su fondo económico, no existiendo una manera estándar de registro, que como se ha señalado dependerá del fondo de la operación, lo que requerirá un previo análisis concreto de ésta, por parte de los administradores, y posteriormente de sus auditores, al corresponder a éstos formular y auditar, respectivamente, las cuentas anuales de las sociedades».



puedan ser excluidas. Con ello el administrador tendría mayor protección respecto de las transacciones realizadas con la sociedad que no entrañen inversiones o enajenaciones o adquisiciones de bienes extraordinarias o una disposición o adquisición de activos fijos<sup>34</sup>. En todo caso, no parece que, desde un perfil material, el legislador circunscriba el régimen preventivo del conflicto a tales operaciones, cuando tan solo excluye aquellas ordinarias, esto es, «hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia».

Junto a lo anterior, la dispensa de las transacciones con la sociedad corresponde, en principio, al resto de miembros del órgano de administración no afectados por el conflicto. No obstante, deviene de mayor relevancia y, por ello, la necesidad de acuerdo de la Junta general, cuando el valor de la transacción supere el diez por ciento de los activos sociales. Este criterio también puede dar lugar a problemas interpretativos en consideración a los criterios de valoración y al valor resultante en cada momento de los bienes y derechos que conformen el activo. En consecuencia, los estatutos sociales pueden atribuir tal competencia a la Junta como medio para evitar controversias y para concretar, en su defecto, los criterios de valoración anteriores y, si fuera necesario, la correcta verificación de ese valor<sup>35</sup>. Y otro tanto se podría decir respecto de la excepción del sometimiento de todas las transacciones de activos con partes vinculadas, bien al régimen de las operaciones vinculadas, bien al de los conflictos de intereses, aun cuando no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. De esta forma, los estatutos sociales pueden sujetar igualmente tales transacciones a la dispensa del resto de miembros del órgano de administración no afectados por el conflicto, así como a las exigencias de transparencia e inocuidad<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> La cláusula de mantenimiento del curso ordinario de los negocios, usual en el entorno de las operaciones relativas a la empresa, fue ya tratada en la monografía publicada en 2008, p. 229.

<sup>35</sup> Sobre la preferencia de trasladar la cuestión a la Junta general, como mejor vía para la protección del interés social, ZIEMONS (2017, Mg. 253). Entre nosotros, sobre la «reserva competencial» a través de los estatutos, FERNÁNDEZ DEL POZO (*RDBB*, 2021, ap. VI); y anteriormente, sobre la posibilidad de adaptación del deber de lealtad a través de los estatutos sociales, para lo cual pueden ser de utilidad los principios y recomendaciones contenidos en los códigos de buen gobierno, SÁNCHEZ CALERO (2001, pp. 260-1).

<sup>36</sup> Entre la doctrina alemana, sobre las posibilidades de una ampliación de los supuestos a los que resulte de aplicación el régimen de las «operaciones vinculadas», a tenor del artículo 9 quater, número quinto, párrafo segundo, de la directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, que permite que los Estados miembros extiendan su régimen a las operaciones celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial y concluidas en condiciones normales de mercado, si bien todavía pueden excluir las exigencias de procedimientos internos de evaluación, HABERSACK (2021, Mg. 4), para quien se trata un mecanismo reforzado de protección; y KOCH (2022b, Mg.13), que considera que no será lo habitual, aunque admite tal posibilidad.

## 2. EL USO DE ACTIVOS SOCIALES COMO VÍA DE RETRIBUCIÓN A LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Determinadas situaciones que dan lugar a conflictos de intereses obedecen a beneficios ilegítimos del administrador, como el uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados. En otras, las relaciones del administrador tienen lugar con terceros, verbigracia cuando utilice el nombre de la sociedad o invoque su condición para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas o reciba ventajas o remuneraciones de terceros. En otras ocasiones, sin embargo, la conducta trasciende a las situaciones generales del mercado, que, si bien se concretan en el aprovechamiento de las oportunidades de negocio y en el desarrollo de actividades que entrañen una competencia efectiva, comportan, igualmente, la existencia de relaciones con terceros.

La ausencia de previsión normativa de dispensa para que el administrador pueda utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas parece vedar cualquier posibilidad de configuración estatutaria en otro sentido del previsto legalmente o que de cualquier modo pueda limitar sus efectos. No obstante, respecto del uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía para fines privados, todavía cabría considerar que el uso de activos sociales puede constituir una de las posibles vías de retribución a los administradores sociales<sup>37</sup>.

Nuestra regulación exige que los estatutos sociales fijen el sistema de retribución, como un primer condicionante del carácter remunerado del cargo. En este aspecto, el artículo 217 de la Ley de sociedades de capital recoge la necesaria constancia del concreto sistema de retribución. A su vez, puede consistir en una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, una retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, una remuneración en acciones o vinculada a su evolución, indemnizaciones

---

<sup>37</sup> En el plano informativo, el Plan General de Contabilidad dedica su tercera parte a las cuentas anuales y, entre dichos documentos, respecto de la memoria, señala, en su apartado sexto, que «en todo caso deberá informarse sobre el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección...», y ello en relación con el apartado séptimo, según el cual «(l)as empresas que se organicen bajo la forma jurídica de sociedad de capital deberán informar de las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores o las personas vinculadas a ellos, en los términos regulados en el artículo 229 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital».

por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador, y en los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos, o en una combinación de los anteriores. Con todo, la enumeración legal no constituye un *numerus clausus*, tal y como recoge el apartado primero del artículo 217 de la Ley cuando señala que pueden concurrir otros conceptos retributivos. Con otro enfoque, la doctrina sentada por la dirección registral, que es también acogida por la jurisprudencia menor, admite, entre otros, que la retribución pueda consistir «en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida o planes de pensiones, en la utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o en cualquier otro sistema»<sup>38</sup>.

Conviene, en primer lugar, distinguir la utilización en beneficio propio de bienes sociales de aquellos recursos que sean reconocidos a los administradores para sus gastos particulares en el ejercicio del cargo o «en su condición de tales»<sup>39</sup>. Estos no suponen una retribución al administrador, sino, más bien, la exclusión de una carga financiera por el ejercicio del cargo, que, por otra parte, puede ser gratuito<sup>40</sup>. Empero, la percepción de una retribución

<sup>38</sup> Entre otras, en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 febrero de 2013 (núm. 3003, F. D. 8.º), de 18 de junio de 2013 (núm. 8160), de 26 de septiembre de 2014 (núm. 11518, F. D. 2.º), de 19 febrero de 2015 (núm. 2691, F. D. 2.º), de 12 de marzo de 2015 (núm. 3793, F. D. 3.º), de 21 de enero de 2016 (núm. 1353, F. D. 5.º), de 9 de agosto de 2019 (núm. 15546), de 26 de abril de 2021 (núm. 8316), de 25 de mayo de 2021 (núm. 9671, F. D. 7.º) y de 16 noviembre de 2021 (núm. 20039). También en las sentencias de las Audiencias Provinciales de León (Sección 1.ª) de 20 de octubre de 2015 (núm. 270, F. D. 4.º, Ponente: Illmo. Sr. D. Manuel García Prada), de La Rioja (Sección 1.ª) de 14 de junio de 2016 (núm. 130, F. D. 3.º, Ponente: Illma. Sra. D.ª Carmen Araujo García) y de Salamanca (Sección 1.ª) de 28 julio de 2020 (núm. 366, F. D. 2.º, Ponente: Illmo. Sr. D. Juan Jacinto García Pérez).

<sup>39</sup> FLEISCHER (2019, Mg. 192) recoge todos aquellos supuestos analizados por la jurisprudencia alemana, como cuando se trate del uso del automóvil de la empresa para un fin privado y así esté reconocido en la relación entre el administrador y la sociedad; los gastos de combustible, a menos que el director gerente esté obligado a llevar un libro de registro; y los gastos de viaje y de representación relacionados con negocios, dentro de unos límites razonables; esto, además, puede incluir que el cónyuge asista a una cena de negocios. Asimismo, la sociedad debe asumir los gastos de la seguridad del director si el riesgo del daño está relacionado con su cargo. Por otro lado, estos gastos no incluyen equipar una casa particular con un sistema electrónico de alarma contra intrusos que no esté relacionado con su labor como administrador. ZIEMONS (2017, Mg. 251), por otro lado, excluye aquellos supuestos en los que el administrador contrate a empleados de la empresa para fines privados u obtenga un préstamo con un interés por debajo del de mercado.

<sup>40</sup> Para las sociedades colectivas, el artículo 125 del Código de comercio incluye, entre las menciones de la escritura social de la compañía colectiva, con carácter facultativamente obligatorio, las cantidades anuales asignadas a cada socio gestor para sus gastos particulares (acerca del carácter facultativo-necesario de esta disposición estatutaria, GIRÓN TENA (1952), p. 372). Pero, junto a la retribución que pueda venir establecida en la escritura social, el artículo 142 añade el derecho de los socios al abono de los gastos en que incurran, siempre y cuando estén inmediata y directamente relacionados con los negocios que la sociedad ponga a su cargo.

mediante la autorización de la utilización de bienes sociales en beneficio propio contrasta con la prohibición de la letra c del artículo 229 de la Ley de hacer un uso privado de ellos. Tal conducta es considerada, dentro del régimen de la lealtad de los administradores, una situación de conflicto de intereses y queda, por lo tanto, sujeta al régimen de dispensa por el resto de los administradores no afectados por el conflicto, o en su defecto, por la Junta general.

Sin embargo, cuando la utilización en beneficio propio de bienes sociales quede configurada como un sistema de retribución de los administradores, estará ya sujeta a la tutela de los socios mediante las reglas que rigen su fijación y que exigen, primero, que el concepto susceptible de retribución conste en los estatutos sociales. En segundo lugar, será exigible un acuerdo expreso de la Junta general para la fijación del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, sin perjuicio de las condiciones cuyo incumplimiento puede dar lugar a su impugnación, tal y como prevé el apartado cuatro del artículo 217 de la Ley de sociedades de capital. En este contexto, las retribuciones así percibidas, con sometimiento a las tutelas legales, habrían de quedar fuera de la dispensa de los administradores, en particular cuando así vengan decididas por la Junta general<sup>41</sup>.

Aquí se podría aducir que el régimen preventivo de los conflictos de intereses se haya de anteponer en todo caso a cualquier otra consideración sobre la impugnabilidad *ex post* de los acuerdos sociales y, por lo tanto, la necesidad de obtener la oportuna dispensa. No obstante, la intervención previa de la Junta mediante el reconocimiento de la retribución del administrador en la forma de utilización de bienes sociales permite soslayar tal consideración<sup>42</sup>. En consecuencia, los estatutos pueden

---

<sup>41</sup> Así lo reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 4 de febrero de 2021 (núm. 225, Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.<sup>a</sup> Fernández Seijo), cuando apunta que «(n)o podemos incluir dentro de estas actuaciones que quebrantan el deber de lealtad los pagos en retribución a los órganos de representación de la compañía, pagos se realizaron una vez se modificaron los estatutos sociales y se estableció el carácter retribuido del cargo. Su análisis podría hacerse desde otras perspectivas, por medio de acciones distintas de las planteadas en los presentes autos».

<sup>42</sup> Téngase en cuenta que, en el Derecho alemán, las remuneraciones que reciban los administradores de la sociedad no se consideran «operaciones vinculadas», tal y como resulta de las excepciones contenidas en el § 111.a, apartado cuarto, de la *Aktien-gesetz* alemana en los negocios con partes vinculadas («Geschäfte mit nahestehenden Personen»). Como señalan SPINDLER y SEIDEL (2022, Mg. 38), el artículo 9 ter de la directiva 2017/828, ya se ocupa de la información que se debe facilitar a los accionistas y de su derecho a votar acerca del informe sobre remuneraciones. HABERSACK (2021, Mg. 45.<sup>a</sup>) y KOCH (2022b, Mg. 23) remiten, a estos efectos, a las medidas tuitivas contempladas en los § 87a.2, § 113.3 de la *Aktiengesetz*. En todo caso, sobre la aplicación de las sanciones por infracciones de las normas relativas al sistema de remuneración, GRIGOLEIT (2020b, Mg. 148).

prever que el uso de activos sociales para fines privados sea un concepto de la retribución de los administradores, así como que corresponda su autorización a la Junta general y no al resto de administradores no afectados por el conflicto. Ello, a su vez, permitiría la exclusión del régimen de imperatividad y dispensa que establece el apartado primero del artículo 230 de la Ley de sociedades de capital.

### 3. LAS RELACIONES DE SERVICIOS Y DE OBRA EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Distinto del supuesto anterior será, en las sociedades de responsabilidad limitada, el régimen de la dispensa para cualquier prestación de asistencia financiera a favor del administrador o el establecimiento de una relación de servicios u obra con la sociedad. Este conflicto resulta configurado, desde esta perspectiva tipológica, como un conflicto de mayor relevancia que, por lo tanto, requiere la autorización de la Junta general. Así es igualmente recogido en el artículo 220 de la ley de sociedades de capital respecto de la exigencia de su acuerdo para el establecimiento o la modificación de cualquier relación de prestación de servicios o de obra entre la sociedad de responsabilidad limitada y uno o varios administradores<sup>43</sup>. En este punto, la prestación de una obra o servicio del administrador a la sociedad quedaría fuera de la retribución de los administradores, pues tales «otras actividades» son ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación «inherentes» al cargo<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Por otro lado, su ámbito de aplicación queda limitado tipológicamente a las sociedades de responsabilidad limitada, lo cual, en principio, excluiría las sociedades anónimas de estructura cerrada. Y ello aun cuando la Ley 31/2014 ha dado igual tratamiento jurídico a la remuneración de los administradores en el artículo 217 de la Ley de sociedades de capital, independientemente del tipo social, por lo este régimen resulta de aplicación a todas las sociedades de capital y respecto de todos los administradores.

<sup>44</sup> Al respecto, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 2013 (núm. 4315) concluye que «no debe servir la previsión estatutaria relativa a la fijación del sistema de retribución o remuneración de los administradores para vaciar de contenido material la reserva estatutaria y dar cobertura a cualquier fijación extraestatutaria de una retribución “complementaria” en contratos celebrados, quizás, en régimen de conflicto de intereses. No sería inscribible una cláusula estatutaria de una sociedad limitada que estableciese que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de la retribución cuyo sistema se describa en estatutos, de sueldos u honorarios a percibir, en virtud de cualesquiera contratos, laborales, civiles o mercantiles, la celebración de los cuales se contempla en estatutos. Por otra parte, la cláusula concreta que es objeto de recurso, aunque de expresión quizás no del todo feliz, se limita a contemplar la eventualidad de que el administrador realice “otras actividades” que no cabe sino entender que son actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación “inherentes” al cargo de administrador. Por lo

No obstante, esta autorización no exige una previsión estatutaria previa, sino tan solo el acuerdo de la Junta para su establecimiento o su eventual modificación, lo que flexibiliza esta forma retributiva<sup>45</sup>. La autorización expresa y *ex casu* por la Junta resulta condición de suficiencia a tal efecto, lo que no ha de obstar para que los estatutos puedan establecer los tipos de contratos de servicio o de obra que puedan resultar autorizados por la Junta general. Tampoco parece que debiera existir inconveniente a su autorización por vía estatutaria siempre y cuando, al modo de la previsión del apartado segundo del artículo 87 de la Ley para las prestaciones accesorias, la cuantía de la retribución se haya de corresponder con el valor que corresponda a la prestación, de manera que, en definitiva, la relación resulte inocua para el patrimonio social y no sea susceptible de causarle daño alguno.

#### 4. EL USO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL DE LA SOCIEDAD CON FINES PRIVADOS

Junto al uso de los activos sociales con fines privados, la utilización de la información confidencial de la compañía supone una situación de conflicto de intereses con la sociedad que exige la aplicación del régimen preventivo. Ahora bien, el artículo 230 no considera esta mención entre aquellas que pueden ser objeto de dispensa. Tal situación de conflicto, además, se ha de poner en conexión con la obligación básica del administrador, que, en virtud de su deber de lealtad, se halla obligado a

---

tanto, no se está dando cobertura expresa a la celebración de un contrato laboral de alta dirección cuyo contenido se solape a la relación societaria sino contemplando, de manera inocua e innecesaria, el eventual encargo al administrador de ciertos trabajos o servicios particulares y ajenos a los que corresponden a las funciones propias del cargo: la elaboración de un dictamen profesional, la realización de cierta obra, etc. Además, la cláusula se puede entender referida implícitamente a “servicios prestados por los administradores” ex artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital y para cuyo establecimiento o modificación no es suficiente la genérica previsión estatutaria que examinamos sino la autorización expresa y *ex casu* por la Junta, sin que esa obviedad necesite ser precisada en estatutos».

<sup>45</sup> Para la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 (núm. 893/2012, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) «(e)llo no excluye la posibilidad de superposición de la relación societaria y otra –que se suele calificar de “mercantil”– de arrendamiento de servicios de gerencia u otra similar, en cuyo caso se ha sostenido que no es aplicable la exigencia de constancia en estatutos a la retribución por la relación superpuesta y ajena al cargo de administrador»; que cita las anteriores sentencias de 9 de mayo de 2001 (núm. 445, Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil), de 27 de marzo de 2003 (núm. 301, Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández), de 16 de junio de 2006 (núm. 668, Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán) y de 24 de abril de 2007 (núm. 441, Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

«guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera»<sup>46</sup>.

Fuera de los supuestos de comunicación debida de informaciones a las autoridades públicas, *ad intra*, el régimen de información a los socios y sus limitaciones son objeto de atención en los artículos 196 y 197 de la Ley de sociedades de capital<sup>47</sup>. Ahora bien, la concesión de la información puede ser contraria al interés social, y, en suma, afectar al patrimonio y a las expectativas de ganancias de la entidad, por mor de su carácter confidencial. En nuestro fuero interno, el valor de esta información ha tomado cuerpo, frente a la anterior protección desde la competencia desleal, a través de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales. Junto a los límites que establece su artículo segundo, el artículo 4 y siguientes de la Ley se ocupan de los derechos patrimoniales sobre el secreto empresarial y de la cesión de tales derechos, en particular, con referencia al régimen relativo a los acuerdos de transferencia de tecnología.

Cabe plantear la competencia de los administradores en las sociedades de capital para decidir la cesión o la licencia de los secretos empresariales. De nuevo se ha de partir de su consideración como activo esencial para fijar la competencia en la Junta general. Por lo tanto, la cuestión ha de quedar circunscrita al uso privado de esta información, cuando tenga el carácter de confidencial. Por otra parte, a su vez, el uso privado no ha de tener un carácter concurrential, a riesgo de incurrir en la prohibición de la letra f del artículo 229 de la Ley.

Se podría traer a esta instancia la consideración del régimen jurídico aplicable a las invenciones mixtas del artículo 17 de la Ley de Patentes. En este apartado parece evidente que el administrador no asume labores de investigación, pero que los conocimientos o los medios dentro de la organización le permiten acceder a ciertas informaciones que pueden ser relevantes.

---

<sup>46</sup> Con todo, ZIEMONS (2017, Mg. 315), señala que el administrador podría quedar dispensado de su deber de confidencialidad si media la autorización de la Junta general, para lo cual, en principio, bastaría un acuerdo por mayoría simple, y no por unanimidad, debido a que la minoría ya resultaría protegida por el deber de fidelidad que incumbe a la mayoría que adopte el acuerdo.

<sup>47</sup> FLEISCHER (2019, Mg. 205) también alude a las «obligaciones de información intraorgánicas», entre los miembros del consejo; y a las «interorgánicas», entre consejeros y de ellos con las comisiones y los órganos de vigilancia. ZIEMONS (2017, Mgs. 301 y 305) añade la información a profesionales sujetos a deberes de confidencialidad, como auditores y otros consultores externos, y la exigencia de acuerdos de confidencialidad frente a terceros cuando su utilización pueda ocasionar daños a la sociedad.

Correspondería a la sociedad la opción de asumir como propio el secreto empresarial o reservarse un derecho para su utilización, pero a su vez tendría que compensar al administrador que obtenga tal información por medios ajenos a la sociedad. Esta compensación quizá pudiera consistir, igualmente, en la autorización para poder usar tal información con fines privados, cuestión que debería poder ser igualmente tratada con carácter preventivo en los estatutos sociales<sup>48</sup>.

Pero fuera de lo anterior, la sociedad, al igual que ha de poder negociar con sus secretos empresariales y los derechos patrimoniales resultantes, puede alcanzar acuerdos de cooperación empresarial en los que se pueda ver concernido un administrador o una persona a él vinculada, sea esta otra entidad o persona física, y que puedan dar lugar, en su caso, al intercambio de información. Desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia, de todo ello pueden resultar acuerdos o prácticas concertados o colusorios, en particular, en las áreas de investigación y desarrollo. No obstante, a su vez tales acuerdos pueden no tener un impacto negativo en los legítimos intereses de los consumidores y usuarios y, a la postre, superar las restricciones que impone la regulación *antitrust*<sup>49</sup>. En el marco de la eficiencia económica, por otra parte, la cooperación entre empresas o, *rectius*, entre empresarios independientes, en este caso cuando la sociedad se halle involucrada en cualquier acuerdo de estas características y aun cuando en él participe un administrador o una persona a él vinculada, puede dar lugar a un beneficio compartido<sup>50</sup>. Todas estas cuestiones podrían quedar delimitadas en los pactos sociales, en particular en los estatutos, como mejor medio para configurar las relaciones entre el administrador y la sociedad.

---

<sup>48</sup> Desde esta perspectiva, como un problema de la asignación de recursos y de la retribución del administrador, a fin de concretar qué puede esperar la sociedad de él y de reconocerle la posibilidad de obtener una cierta retribución o compensación como consecuencia de su contribución a la entidad, SAVITT (2003, p. 64).

<sup>49</sup> Todo ello se ha de enmarcar en los acuerdos de cooperación interempresarial, de manera que ambas entidades mantengan una actuación independiente y no suponga determinados comportamientos ilícitos, como las fijaciones de precios futuros. Todavía advierte la posibilidad de otros efectos procompetitivos, SCOTT (1998, pp. 403-442).

<sup>50</sup> Como recoge el informe sobre los «socios minoritarios» del *Directorate for financial and enterprise affairs* de la OCDE de 2008 (*Roundtable, OECD Policy*. «Minority Shareholdings» *DAF/COMP(2008)302.2.2*), el intercambio de información entre los administradores puede tener efectos procompetitivos y, con ello, dar lugar al acceso a oportunidades de negocio que, de otro modo, las entidades involucradas no podrían conocer, lo cual puede mejorar la competencia en el mercado, así como permitir que la entidad representada pueda anticipar su reacción.



## 5. OBTENCIÓN VENTAJAS O REMUNERACIONES DE TERCEROS DISTINTOS DE LA SOCIEDAD Y SU GRUPO ASOCIADAS AL DESEMPEÑO DEL CARGO DE ADMINISTRADOR

La regla «ningún conflicto», en unión con la regla «ningún beneficio», procedentes ambas de la configuración de los deberes fiduciarios de los administradores en el Derecho inglés, da razón de ser al reconocimiento de determinadas situaciones de riesgo objetivo, entre las que se encuentra la obtención de ventajas o remuneraciones de terceros por el desempeño de su cargo. Dentro de ella, quedan excluidas las procedentes de las sociedades pertenecientes al grupo de la sociedad de la que sea administrador y las atenciones de mera cortesía recibidas de terceros.

Empero, la remisión a las atenciones de mera cortesía, fuera de otros aspectos de corte publicista, constituyen igualmente un «concepto jurídico indeterminado», que podría ser igualmente objeto de concreción por vía estatutaria (cfr., art. 180.4.b. de la *Companies Act*). Otro tanto se podría decir de la retribución recibida como administrador, o por otra motivación distinta, singularmente cuando no resulte exigible una dedicación plena a las labores de gestión y representación de la sociedad. Ello abriría la puerta, igualmente, a que los estatutos puedan reconocer aquellas otras actividades retribuidas autorizadas a los administradores y, por lo tanto, compatibles con sus labores de gestión.

De otro lado, la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros requiere la autorización de la Junta general, de manera que la regulación la considera un conflicto de mayor relevancia, que, por lo tanto, no puede quedar a disposición del órgano de administración a través de la decisión o de la aprobación de los miembros no afectados por el conflicto. Por otra parte, al trasladar la competencia a la Junta no impone especiales condicionantes de inocuidad para el patrimonio social, aun cuando los administradores hayan de cumplir con su deber de información a los socios. Tampoco que con ello no quepa esperar un perjuicio a la sociedad, como en el caso de la dispensa de la prohibición de competencia.

*Prima facie*, se podría efectuar una ponderación de intereses a efectos de evaluar si la pérdida de la posición del administrador a instancia del resto de miembros de la organización, y, en su caso, de la retribución que tenga reconocida, por dar preferencia a otro interés distinto, sería suficiente incentivo para evitar estas conductas

que puedan favorecer intereses ajenos a los de la sociedad<sup>51</sup>. No obstante, el legislador patrio ha buscado dar cabida en nuestro sistema a mecanismos preventivos de eventuales conflictos de interés y de la obtención de beneficios ilegítimos<sup>52</sup>. Pese a esta loable aspiración, se podría pensar igualmente si toda retribución de terceros merecería la previa dispensa de la Junta general. Esto puede que sea más evidente en el caso de los administradores ejecutivos de las sociedades cotizadas, pero tal situación, en consideración a los intereses en presencia, tiende a difuminarse en el caso de los administradores de las sociedades cerradas, especialmente cuando no reciban retribución por el cargo y sus ingresos procedan de otros orígenes<sup>53</sup>. Aun así, parece adecuado que el administrador haya de someter el conflicto a la Junta, si bien el problema quedaría desplazado, al menos en las sociedades donde los socios mantengan relaciones personales, a la ausencia de conflicto indirecto entre socios, pese a su particular vinculación con el administrador afectado. Por otro lado, tampoco puede ser aceptada la licitud de la remuneración cuando, por ejemplo, implique una corrupción en los negocios, también desde el punto de vista penal<sup>54</sup>.

Una adecuada ponderación de intereses en presencia podría decantar la balanza, desde una perspectiva material, en favor de permitir una cierta remuneración externa<sup>55</sup>. En particular, cuando no tenga una significación relevante respecto de la retribución que el

---

<sup>51</sup> También HOPT (2012, p. 304 ss.), en relación con las *multiple loyalties*, señala aquellas situaciones de riesgo en las que el administrador pueda anteponer un interés particular ajeno al de la sociedad, así como la adopción de las medidas y los remedios que resulten más oportunos para atajar estas situaciones. A partir de las relaciones con partes vinculadas, como una situación de riesgo objetivo, asimismo, LATORRE CHINER (*RDM*, 2019, ap. 2).

<sup>52</sup> En torno a la «extracción de beneficios privados», PAZ-ARES RODRÍGUEZ (*AJUM*, 2015, p. 55).

<sup>53</sup> Respecto de las retribuciones que tenga reconocidas en otra sociedad, especialmente en las sociedades cerradas, CAMPINS VARGAS (*RDM*, 2022, ap. III.2.2.), con referencia a PAZ-ARES RODRÍGUEZ (*InDret*, 2014, pp. 1-53).

<sup>54</sup> Tampoco se trataría de reconocer que el administrador pueda depender económicamente de otro sujeto o actividad, por la obtención de sus retribuciones como empleado de esa entidad, tal y como, por otro lado, recoge la NIC 19 y a tenor del contenido de la regla novena de la NIC 24, relativa a las informaciones a revelar sobre partes vinculadas.

<sup>55</sup> Con carácter general, sobre la necesidad de que el administrador lleve a cabo una ponderación entre los dos intereses de las sociedades respecto de los cuales se sitúa en igualdad de condiciones, en prevención de su responsabilidad por infracciones de los deberes fiduciarios, DEL VAL TALENS (2017, p. 332). Contraponen así, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., y JORDANO LUNA (2022, ap. 5.2), la «influencia significativa» que pueda ejercer el administrador en las sociedades cotizadas cuando asuma un cargo ejecutivo, frente al de administrador no ejecutivo en otra sociedad, esto es, que no tenga una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación; al punto que cuando ambos cargos sean no ejecutivos consideran que, comúnmente, no habrá tal conflicto de intereses (nota 67). En esta línea, CAMPINS VARGAS (*RDM*, 2022, ap. III.2), que, en caso de equiparación de puestos en ambas sociedades, aboga por el mantenimiento del deber abstención en ambas, mientras que, si en una es administrador ejecutivo y en otra no ejecutivo, solo tendrá un deber de abstención en la primera.

administrador perciba de la sociedad, de manera que no implique un riesgo de influencia indebida en la llevanza de los asuntos que le sean encomendados (cfr., art. 176(4) de la *Companies Act* inglesa cuando señala que «este deber no se infringe si la aceptación del beneficio no puede considerarse razonablemente probable que dé lugar a un conflicto de intereses»). De otra parte, podría igualmente quedar plasmada por vía estatutaria la admisibilidad de aquellas retribuciones que no incidan en sus funciones, esto es, en los términos en los que se pronuncia la regulación, que no estén «asociadas al desempeño de su cargo». De nuevo, la labor de concreción que pueden desarrollar los socios por vía estatutaria, que, recordemos, a estos efectos requieren la aprobación de la Junta con las mayorías reforzadas pertinentes, podría servir para dar cauce a la delimitación de las retribuciones autorizadas a los administradores sociales y, a la postre, para conferir mayor seguridad a las partes implicadas.

## 6. LAS POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DE LA DOCTRINA DE LAS OPORTUNIDADES DE NEGOCIO: LA RENUNCIA FRENTE A LA DISPENSA

### 6.1 Consideraciones preliminares

El aprovechamiento de las oportunidades de negocio y el desarrollo de actividades que entrañen una competencia efectiva son conductas del administrador que se proyectan sobre el mercado. Tradicionalmente, el enfoque dado por nuestro Derecho a las relaciones fiduciarias entre el administrador y la sociedad ha partido de la prohibición general de no hacer competencia. Sobre ello se incidirá posteriormente en otro apartado de este trabajo. Por el contrario, la prohibición de aprovechar las oportunidades de negocio responde a una traslación, cuando no a un trasplante jurídico, de la doctrina de las oportunidades de negocio que, a través de las recomendaciones de gobierno corporativo de «Derecho blando», ha tomado cuerpo en nuestro «Derecho firme» de sociedades<sup>56</sup>. Merced al desarrollo jurisprudencial de esta doctrina por los países del *Common Law*<sup>57</sup>, sobre

<sup>56</sup> En el Derecho alemán, FLEISCHER (*NZG*, 2004, pp. 1129-1137).

<sup>57</sup> En el Reino Unido, DAVIES y WORTHINGTON (2016, p. 543) apuntan la sentencia del caso *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* –[1942] UKHL 1–, vertida durante la Segunda Guerra Mundial, como *leading case* en este ámbito. *In extenso*, con la jurisprudencia allí citada, MAYSON, S. W., y RYAN (2016, p. 500). En el derecho estadounidense puede encontrarse un precedente judicial en el caso resuelto por el Tribunal de Delaware en 1939 (*Guth v. Loft, Inc.*) respecto de la adquisición de Pepsi-Cola por parte del ejecutivo de otra compañía de bebidas. En esta sentencia, el Tribunal de Delaware (5 A.2d 503, 510 (Del. 1939)) reconoció que la regla de la oportunidad corporativa («rule of corporate opportunity») era una manifes-

la base de los principios de equidad, nuestro legislador, con la Ley 26/2003, de 17 de julio, que modificara el entonces texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, acogió de forma específica esta prohibición<sup>58</sup>. Luego pasaría al artículo 228 de la Ley de sociedades de capital, hasta la actual configuración, limitada en cuanto a su contenido, en la letra d del apartado primero de su artículo 229. En resumen, la prohibición de aprovechamiento de las oportunidades de negocio impide que los administradores puedan asumir como propias tales oportunidades cuando, de cualquier manera, la sociedad pudiera estar interesada en su captación.

Llegados a este punto, la regulación española se ubica entre aquellas constelaciones normativas que mantienen un específico tratamiento, de un lado, para la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades de negocio y, de otro, para la prohibición de competencia<sup>59</sup>. Y ello frente a aquellas que, como las situadas en la órbita del *Common Law*, tan solo tratan la cuestión desde la primera de las perspectivas, y aquellas otras, preferentemente las de Derecho continental europeo, que tradicionalmente, como la española, enfocan esta cuestión desde la regulación de las prohibiciones permanentes de competencia<sup>60</sup>. Al margen quedarían las que, pese a una cierta

---

tación del deber del administrador de actuar de buena fe en su relación con la sociedad por él representada («merely one of the manifestations of the general rule that demands of an officer or director the utmost good faith in his relation to the corporation which he represents»). Entre la jurisprudencia norteamericana puede verse también el caso el caso *Klinicki v. Lundgren* (298 Or. 662, 695 P.2d 906, 917 1985), en el que el Tribunal de Oregón declaró, con base en los Principios de Gobierno Corporativo, que el miembro del consejo de administración, a la sazón accionista minoritario de la entidad, formó una nueva entidad con el objeto de suscribir un contrato; todo ello haciendo uso del tiempo de trabajo, del personal, del dinero y de las instalaciones de la sociedad. En esta línea, también la sentencia del caso *Anest v. Audino* (773 N. E.2d 202 (Ill. App. 2002)), en el que, en una *Limited Liability Corporation*, uno de sus miembros desvió una oportunidad de negocio de la sociedad, lo cual supuso una infracción de su deber fiduciario. En origen, CARRINGTON y MCELROY (*Bus. Law.*, 1958, pp. 957-968) y SLAUGHTER (*Southw. L. J.*, 1964, pp. 96-116). Entre nosotros, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR (*RDBB*, 1997, pp. 477-520).

<sup>58</sup> El apartado segundo del artículo 127 ter, relativo a los «deberes de lealtad» o, mejor, a las obligaciones derivadas de tal deber, codificó la doctrina de las oportunidades de negocio, junto con la explotación de activos sociales, a través de la prohibición de los administradores de «realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador».

<sup>59</sup> En paralelo, el artículo 2391 fine del *Codice civile* italiano contiene la responsabilidad del administrador por los daños y perjuicios que resulten para la sociedad por la utilización, en beneficio propio o de terceros, de los datos, noticias u oportunidades de negocio que conozca en el ejercicio de su cargo («l'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico»); al paso que, de manera separada, el artículo 2390 regula la prohibición de competencia («divieto di concorrenza»).

<sup>60</sup> Originariamente, sobre la traslación al Derecho alemán de esta doctrina, TIMM (*GmbHR* 1981, pp. 177-186). Se ha de acudir así al principio 19 de su Código de buen gobierno (*Deutscher Corporate Governance Kodex* –DCGK–), que reclama que, en

codificación, como la francesa a través del «abuso de bienes sociales» (*abus de biens sociaux*)<sup>61</sup>, todavía mantienen una visión amplia del deber de lealtad para abarcar, en abstracto, todas aquellas conductas que puedan dar lugar a su infracción<sup>62</sup>.

Con este doble tratamiento el legislador español persigue dar cuerpo a la regla «ningún conflicto», a cuyo fin instruye diferentes expedientes técnicos<sup>63</sup>. La prohibición de no competencia, que ha de ser efectiva, y siquiera potencial, es regulada junto a las restantes situaciones que den lugar a un conflicto permanente con el interés social. En contraposición, el conflicto ante una oportunidad de negocio se ubica en la órbita de los restantes conflictos ocasionales que se le pueden presentar al administrador<sup>64</sup>. Así pues, en el marco regulatorio, el aprovechamiento de las oportunidades de negocio contempla, a diferencia de las actividades en competencia, la existencia de un solo acto del administrador que, en sí considerado, sea susceptible de atraer una expectativa que naturalmente, y de no mediar su intervención en sentido contrario, correspondería a la sociedad.

## 6.2 El Derecho estadounidense como «derecho orientado al mercado de capitales» frente al Derecho inglés y la «doctrina de la fiducia»

El § 5.05 de los Principios de gobierno corporativo del *American Law Institute* acogen una definición de la «opportunity doctrine» en sentido amplio, en orden a contemplar aquellas conductas mediante las cuales un administrador o un alto ejecutivo o directivo pueda participar en una actividad económica de la que tenga conocimiento merced al desempeño de sus funciones o que esté estrechamente relacionada con la actividad desarrollada por

---

sus decisiones, los administradores no busquen su interés personal o exploten las oportunidades de negocio que corresponderían a la empresa que representan («Sie dürfen bei ihren Entscheidungen weder persönliche Interessen verfolgen noch Geschäftschancen für sich nutzen, die dem Unternehmen zustehen»). Críticamente, acerca de la insuficiencia del Derecho de sociedades germano en este ámbito, LAWALL (*NJW*, p. 1743).

<sup>61</sup> Al respecto, COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY (2012, p. 651).

<sup>62</sup> Entre ellas, como señalan GERNER-BEUERLE y SCHUSTER (*EBOR*, 2014, p. 212), Francia, los países del Benelux y los escandinavos.

<sup>63</sup> En general, HOPT (2012, p. 301); y sobre la estrecha relación entre ambas prohibiciones, SIEG y ZEIDLER (2017, pp. 86-7).

<sup>64</sup> Igualmente, entre los autores alemanes, HOPT (2012, p. 295 ss.) y FLEISCHER (*WM*, 2003, p. 1054 ss.). Asimismo, en la doctrina italiana, BUCCELLATO (*Riv.dir. comm.*, 2011, p. 805). Acerca de la distinción entre un único acto y el desarrollo de una actividad, a estos efectos, JUSTE MENCÍA (2015, p. 403), y, críticamente, PORTELLANO DÍEZ (2016, pp. 135-137 y 157-158). Por otra parte, GERNER-BEUERLE y SCHUSTER (*EBOR*, 2014, pp. 212) y DOTEVALL (*EBLR*, 2016, p. 293) destacan la amplitud con la que la doctrina de las oportunidades de negocio es desarrollada en algunas jurisdicciones, frente al deber de no competencia, que se ha de circunscribir al ámbito de la actividad económica desarrollada por la sociedad.

la sociedad<sup>65</sup>. Junto a lo anterior, en el Derecho inglés, la *corporate opportunity doctrine* ha tenido plasmación en el artículo 175(2) de la *Companies Act* de 2006, pero, a su vez, había gozado de un amplio arraigo por mor de la aplicación jurisprudencial de la equidad sobre de los deberes de los administradores, cuando tal oportunidad debiera haber recaído en provecho de la sociedad<sup>66</sup>.

El Derecho inglés establece una «regla de prioridad», también llamada «ningún conflicto», que lleva a que el administrador haya de anteponer el interés social a cualquier otro interés, personal o ajeno<sup>67</sup>. La regulación patria se basa así tanto en los Principios de gobierno corporativo del *American Law Institute*, que recogen aquellas situaciones en las que el tercero podría razonablemente esperar que la relación haya de ser con la sociedad que el administrador representa<sup>68</sup>, como en las reglas fiduciarias del Derecho inglés<sup>69</sup>. Todo ello, a su vez, se ha de enlazar con la concesión de la dispensa, en principio, como un «conflicto de orden menor», cuando se trate del aprovechamiento de las oportunidades de negocio, que en nuestro régimen jurídico corresponde al resto de administradores mediante la oportuna autorización *ad hoc*, tal y como acoge el actual apartado segundo del artículo 230 de la Ley de sociedades de

<sup>65</sup> Es común la referencia al caso *Guth v. Loft* (5 A.2d 503 (Del. 1939)) y al posterior desarrollo y delimitación de la doctrina de las «oportunidades corporativas» (*corporate opportunity doctrine*) en el caso *Broz v. Cellular Information Systems* (673 A.2d 148 (Del. 1996)). De ahí su concepción como «corporate opportunity doctrine», pues, como advierte, HENN (1970, p. 462), impide que el personal corporativo desvíe oportunidades respecto de las cuales la sociedad tenga un derecho, interés de propiedad o expectativa, o que, en justicia, deberían pertenecer a ella («precludes corporate personnel from diverting into themselves opportunities in which the corporation has a right, property interest, or expectancy, or which in justice should belong to the corporation»). Asimismo, *in extenso*, BRUDNEY y CLARK (*Harv. L. Rev.*, 1981, pp. 997-1062). Para TALLEY y HASHMALL (2001, p. 11) la doctrina de la oportunidad de negocio limita la legitimidad del fiduciario para buscar nuevas perspectivas comerciales individualmente sin ofrecérselas primero a la sociedad; y añaden, además, aquellos otros supuestos en los que, por mor de la doctrina de la confianza legítima, el tercero razonablemente espere que su relación sea con la sociedad. Así, con referencia al caso *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.* (5 A.2d 503 (Del. 1939)), DAVIS, K. B., Jr. (*IowaL. Rev.*, 1998 pp. 211-2).

<sup>66</sup> En torno a esta regulación, CLARK y BENSTOCK (*ICCLR*, 2006, pp. 231-241).

<sup>67</sup> Al respecto, KERSHAW (*LSE Law*, 2018, p. 8), SAMET (*OJLS*, 2008, p. 765) y SAVITT (2003, p. 51), pues los deberes fiduciarios son entera y exclusivamente en favor de la sociedad; y GELTER y HELLERINGER (*ECGI*, 2017, p. 19).

<sup>68</sup> Acerca de las evidencias que se dan en estos supuestos de ofrecimiento o de manifestación del interés, KÜBLER (*FS Werner*, 1984, p. 437); y según un principio de divulgación o publicidad a la sociedad (*Publicitätsprinzip*), FLEISCHER (*NZG*, 2003, p. 986).

<sup>69</sup> Como antecedente, en el contrato de fideicomiso, en el caso *Keech v. Sandford* (25 ER 223 (1726)) *Aberdeen Ry. v. Blaikie Bros* (1 Macq. Ap. at 461), ya quedó constancia de estas eventuales situaciones de conflicto de intereses («no one, having [fiduciary] duties to discharge, shall be allowed to enter into engagements in which he has, or even can have, a personal interest conflicting, or which possibly may conflict, with the interests to whom he is bound to protect»).

capital (cfr., art. 175(4) a (6) de la *Companies Act*, en relación con su artículo 180)<sup>70</sup>.

Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho estadounidense, tanto la *Delaware General Corporation Law*, a través de una específica mención en el artículo 122(17), como la *Model Business Corporation Act*, en su artículo 2.02, han incorporado un planteamiento alternativo que permite la exoneración *ex ante* o una dispensa general (*clearance*) de la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades de negocio a través de su constancia en las menciones constitutivas de la sociedad<sup>71</sup>. En Delaware, Estado de referencia en materia de gobierno corporativo, la reforma tuvo lugar en julio del año 2000 con motivo de la introducción del empleo de las nuevas tecnologías en el Derecho societario (conocida como «technology corporate law»)<sup>72</sup>. Esta variación, dentro de la tradicional tendencia a la «contractualización» del Derecho de sociedades y de flexibilización de su régimen, tuvo su palanca jurisprudencial con la sentencia de su alto Tribunal en el caso *Siegan v. Tri-Star Pictures, Inc.*, dictada en el año 1989<sup>73</sup>. En el supuesto de hecho, *Tri-Star Pictures, Inc.* renunció *ex ante* a la aplicación de la doctrina de las oportunidades de negocio en ciertos supuestos y para determinados accionistas significativos y miem-

<sup>70</sup> SAVITT (2003, nota 44) ya advierte, a la luz del caso *Gotham v. Hallwood Realty* (Del. Supr. No. 372-2001, de 29 de agosto de 2002) que, pese a la tradición jurídica que sanciona estas conductas, todavía permanece la incertidumbre acerca de los términos y circunstancias en los cuales la doctrina de las oportunidades de negocio resulta imperativa o dispositiva para la sociedad. Acerca de estos aspectos, y de la dilución de los deberes fiduciarios, GETZLER (2014, p. 46), FRANKEL (2014, pp. 244-9) y BRUNER (2018, pp. 285-305).

<sup>71</sup> El artículo 122(17) de la DGCL permite que la sociedad manifieste, a través de sus acuerdos constitutivos o mediante acuerdo de su consejo de administración, su renuncia a cualquier interés u oportunidad de negocio específica o de una determinada clase, tanto cuando sea presentada a la sociedad, como cuando pueda ser recibida por un administrador, un directivo o un socio («[r]enounce, in its certificate of incorporation or by action of its board of directors, any interest or expectancy of the corporation in, or in being offered an opportunity to participate in, specified business opportunities or specified classes or categories of business opportunities that are presented to the corporation or one or more of its officers, directors or stockholders.»). Al respecto, puede verse la sentencia de 15 de junio de 2018 en el caso *Alarm.com Holdings, Inc. v. ABS Capital Partners, Inc.*, en relación con las entidades inversoras y de capital riesgo que busquen participar en diferentes sociedades y la posibilidad de establecer las pertinentes cautelas, si bien esta autorización requiere la oportuna concreción *ex ante* de las actividades permitidas. Por otra parte, como recogen los comentarios a la Ley modelo del *Committee on Corporate Laws* de la *ABA Business Law Section*, los estatutos sociales pueden incluir una dispensa general o bien limitarla a ciertas categorías o a clases específicas de transacciones, lo cual, por otra parte, no comprende la prohibición de un uso no autorizado de los activos sociales o de la información, ni la prohibición de competir deslealmente con la sociedad. No obstante, a falta de previsión estatutaria, cuando se trate de la obtención de una dispensa solamente para una oportunidad de negocio específica, el administrador habrá de pasar por el régimen previsto en la sección 8.70(a)(1). (vid. *The Business Lawyer*, 2014, pág. 723, mayo 2014). También, desde la perspectiva del derecho alemán, SIEG y ZEIDLER (2017, p. 92).

<sup>72</sup> Acerca de este particular, SAVITT (2003, p. 5).

<sup>73</sup> 15 Del. J. Corp. L. 218 (Del. Ch. 1989).

bros de su consejo de administración. Sin embargo, esta especificación en sus estatutos fue declarada nula por contravenir el artículo 102(b)(7) de la *Delaware General Corporation Law* («DGCL»), en relación con la imposición del deber legal de lealtad a los administradores sociales.

En el Derecho norteamericano constituye un referente obligado para la conformación de la doctrina de las oportunidades de negocio el caso *Guth v. Loft, Inc.* resuelto por el Tribunal de Delaware en el año 1939, en relación con la adquisición de Pepsi-Cola por parte de Charles Guth, presidente de Loft, Inc., también dedicada a la industria de los refrescos<sup>74</sup>. En el caso *Siegman v. Tri-Star Pictures, Inc.*, del año 1989, fue curiosamente un representante de Coca-Cola, otra conocida entidad de refrescos, el designado como miembro del consejo de Tri-Star Pictures, Inc., dedicada a la producción cinematográfica, y para el que se pretendió la renuncia anticipada de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio por parte de esta última<sup>75</sup>.

Como reacción a esta resolución y al creciente fenómeno, al menos en las grandes sociedades, de un relevante incremento de estructuras de propiedad societaria interrelacionadas en la década de los noventa, el artículo fue modificado al inicio del actual siglo. La reforma normativa propició que una sociedad pueda renunciar a cualquier interés o expectativa que tenga en participar en oportunidades de negocio específicas o en determinadas clases o categorías de oportunidades que se puedan presentar a uno o más de sus administradores, directivos o accionistas<sup>76</sup>. Esta misma tendencia, por influjo del Derecho estatal de Delaware en otras jurisdicciones, favorecida en parte por la llamada carrera al fondo (*race to the bottom*) y la «contractualización» del Derecho de sociedades, fue seguida por otras jurisdicciones estadounidenses<sup>77</sup>. Así llegaría, tras su amplia aceptación en el Derecho estatal estadounidense, al artículo 2.02 de la *Model Business Corporation Act* en el año 2014<sup>78</sup>.

Entre las razones que dieron pie a esta nueva formulación de la doctrina de las oportunidades de negocio como una *default rule*, susceptible, por lo tanto, de exclusión *ex ante* por el acuerdo de los

<sup>74</sup> *Vid.* nota 58.

<sup>75</sup> Se hacen eco de esta resolución, RAUTERBERG y TALLEY (*Col. L. Rev.*, 2017, p. 1087).

<sup>76</sup> A tal efecto, según la exposición de la reforma, su intención era permitir que la sociedad pueda decidir *ex ante* si una específica oportunidad de negocio, o clase o categoría, tenía tal condición para ella, a fin de no tener que esperar a su comunicación al momento de su surgimiento («the corporation to determine in advance whether a specified business opportunity or class or category of business opportunities is a corporate opportunity of the corporation rather than to address such opportunities as they arise»).

<sup>77</sup> La relación de Estados que han adoptado esta opción es recogida por EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, p. 302).

<sup>78</sup> Acerca de esta modificación puede verse EGE (*Bus. Law.*, 2014, pp. 717-732).



socios, se encuentra la creciente expansión de sus ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación y la dificultad que entraña la regla «ningún conflicto»<sup>79</sup>. Las situaciones tenues de imprevisibilidad de los supuestos y las circunstancias que permiten considerar que la oportunidad de negocio corresponde a la sociedad, mediante diferentes test de intereses, de línea de negocios y de expectativas, y frente a otras actuaciones privadas de los administradores, llevaron finalmente autorizar su dispensa *ex ante*<sup>80</sup>. En definitiva, el aprovechamiento de las oportunidades de negocio depende, en buena medida, de su identificación, de manera que una visión amplia coloca al administrador en la difícil posición de desacreditar la falta de interés para la sociedad o la irrelevancia de su conducta. De ahí la necesidad de explicitar un sistema legal de comunicación y abstención. Pero ello no debiera ser óbice para que los implicados puedan anticipar aquellos aspectos relativos a las oportunidades de negocio al tiempo de entablar su relación societaria<sup>81</sup>.

Se advierte con ello la presencia de diferentes diseños regulatorios. En el modelo inglés, las reglas provenientes de las relaciones fiduciarias, que, por otro lado no quedan circunscritas al Derecho de sociedades, toman como referente las relaciones *ad intra* de los órganos sociales. Como en el Derecho español, la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades de negocio mantiene su corte imperativo, si bien susceptible de dispensa, por el resto de los administradores no conflictuados. Esta original concepción, sin embargo, ha sido fuertemente matizada en el Derecho estadounidense con motivo de la posibilidad de establecer dispensas *ex ante*. Con ello se aprecia un Derecho de sociedades en mayor medida orientado al mercado de capitales y a la necesidad de promover y facilitar la inversión. La concepción de la doctrina de las oportunidades de negocio como una doctrina jurisprudencial basada en estándares<sup>82</sup> y en tests de comprobación<sup>83</sup> y el reconocimiento de

<sup>79</sup> Entre nuestros autores, recoge este cambio, que califica de «aparente monstruosidad» desde la perspectiva fiduciaria, CARRASCO PERERA (2016, nota 30).

<sup>80</sup> RAUTERBERG y TALLEY (*Col. L. Rev.*, 2017, pp. 1077-8). Entre la doctrina alemana, critica la visión excesivamente amplia de la aplicación de esta doctrina al conocimiento privado de la oportunidad de negocio, contenida en la sentencia del BGH (NZG 2013, 216 (218) Rdnr. 27), FLEISCHER (NZG, 2013, p. 365, y, anteriormente, en NZG, 2003, p. 989).

<sup>81</sup> Así lo reconocen los comentarios a la modificación del artículo 870.b. de la *Model Business Corporation Act* cuando señalan que el concepto de «business opportunity» no resulta definido, pero se entiende más amplio que el que puede ser considerado como una «corporate opportunity», lo que da pie a la vaguedad de esta doctrina, tal y como recoge EGE (*Bus. Law.*, 2014, p. 732).

<sup>82</sup> Así, ALLEN, KRAAKMAN y SUBRAMANIAN (2009, pp. 348 ss.).

<sup>83</sup> Sobre el «test de la línea de negocio» (*the line of business test*), el «test de las expectativas o del interés de negocio» (*the business interest or expectancy test*), «el test de la probidad» (*the fairness test*), y los de carácter mixto (como *the Miller two-step test*), EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, p. 297) y GELTER y HELLERINGER (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, p. 112).

su relevancia o materialidad para la sociedad, frente a rígidas reglas «ningún conflicto» y «ningún beneficio» en el Derecho inglés, ha facilitado este cambio de orientación<sup>84</sup>. A las consideraciones que lo fundamentan dedicaremos, por su interés, las próximas líneas.

### 6.3 La casuística en el Derecho estadounidense

#### 6.3.1 PEQUEÑAS SOCIEDADES: INNOVACIÓN Y *START-UPS*

La modificación de la DGCL a través de la redacción del artículo 122(17) en el año 2000 se enmarcó dentro de ciertas medidas dirigidas a favorecer la digitalización del Derecho de sociedades en el Estado de Delaware. En este contexto, la posibilidad de limitar la doctrina de las oportunidades de negocio, que, por otra parte, había experimentado, en sus contornos, una amplia expansión, obedeció a que su anterior visión fiduciaria suponía, en cierta medida, un freno a la inversión en determinadas sociedades, en especial en aquellas dedicadas a la tecnología, ante la rápida expansión de los servicios digitales. Este interés no solo era expresado por los potenciales inversores, sino por las sociedades emisoras deseosas de captar capital especializado dentro del sector<sup>85</sup>. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, además, se consideró la posibilidad de aproximar esta solución de la exclusión o la limitación de las oportunidades de negocio a la contemplada para las sociedades no incorporadas<sup>86</sup>, o, en nuestro caso, a las sociedades personalistas, en las que su conformación contractualista permite un mayor margen a la autonomía de la voluntad (cfr., arts. 136 y 137 de nuestro Código de comercio).

Favoreció esta interpretación el desarrollo del análisis económico del Derecho en los años noventa, sobre la base del criterio de la eficiencia económica y la necesidad de procurar un Derecho más orientado a la evolución del mercado. La configuración de las empresas dentro del modelo de la «modern business enterprise»<sup>87</sup>, como nodo de relaciones con otros participantes del mercado, abrió la perspectiva de la integración empresarial a través de grupos jerárquicos de sociedades hacia relaciones de colaboración entre diversas entidades dentro de los límites fijados por el Derecho *antitrust*.

<sup>84</sup> GELTER y HELLERINGER (*ECGI*, 2017, pp. 24-5, y en *Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, p. 114).

<sup>85</sup> MANESH (*Harv. B. L. Rev.*, 2011-2012, p. 127).

<sup>86</sup> Para una aproximación, RIBSTEIN (*Wash&L. L. Rev.*, 1997, pp. 544-5), GELTER y HELLERINGER (*ECGI*, 2017, pp. 12-3) y SAVITT (2003, p. 5).

<sup>87</sup> En torno a la evolución de las relaciones en el mercado, CHANDLER (*Harv. Un. Press*, 2009, pp. 3-46).

La dinámica del mercado, por lo tanto, requiere respuestas del Derecho ajustadas a sus necesidades, en torno, entre otras, a la coordinación de las actividades de la sociedad con otras entidades y en atención a sus relaciones externas<sup>88</sup>.

El problema de la regla legal «one-size-fits-all» trata así de ser superado a través de la libertad negocial de los socios, de modo que la doctrina de las oportunidades de negocio quede normativamente configurada tan solo como una *default rule*. Ello se presenta especialmente conveniente en el caso de las *start-ups* o «empresas semilla», necesitadas de una mayor inversión para el desarrollo de sus líneas de negocio en el mercado de las nuevas tecnologías, en los que el inversor externo puede ser reticente a invertir si, en correspondencia, se halla sometido, posteriormente, al riesgo de la aplicación de la doctrina de las oportunidades de negocio por su participación en otras entidades y actividades económicas<sup>89</sup>. En mercados fuertemente interconectados, el flujo de comunicación entre entidades relacionadas puede hacer pensar que tal práctica puede dar lugar al desvío de oportunidades de negocio; sin embargo, esta suerte de canal informativo puede, igualmente, reportar ventajas a los distintos nodos que participen en el conjunto<sup>90</sup>.

De ahí la conveniencia de relativizar la doctrina de las oportunidades de negocio, que, sin embargo, en origen, trata de favorecer la innovación y su natural desarrollo sin interferencias indebidas<sup>91</sup>. Ahora bien, el inconveniente de las limitaciones o exclusiones de esta doctrina, con el fin de favorecer la inversión en compañías en periodos iniciales de expansión, se presenta cuando los inversores, legitimados por esta renuncia, posteriormente desvían oportunidades de negocio hacia otras entidades en las que igualmente participan o en las que tengan mayores intereses. Por lo tanto, la aspiración de obtener asesoramiento técnico y respaldo financiero puede comprometer, de otro lado, los potenciales beneficios que la *start-up* o «empresa semilla» pudiera obtener como consecuencia de la aparición de nuevas oportunidades de negocio en fases posteriores del desarrollo de su actividad<sup>92</sup>. Por ello, la necesidad de compaginar ambos intereses en presencia.

<sup>88</sup> Al respecto, SAVITT (2003, p. 7).

<sup>89</sup> SAVITT (2003, p. 63).

<sup>90</sup> SAVITT (2003, p. 50).

<sup>91</sup> Como «information-specific investment», GELTER y HELLERINGER (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, p. 143).

<sup>92</sup> Sobre los posibles efectos negativos, FICH, HARFORD y TRAN (2021, p. 2); y como un problema de equilibrio entre los incentivos para la inversión y el *enforcement* de los deberes fiduciarios, en particular en el marco de la innovación, GELTER y HELLERINGER (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, pp. 143-4).

### 6.3.2 COOPERACIÓN Y *JOINT-VENTURES*

En relación con este apartado, la doctrina de las oportunidades de negocio tuvo reconocimiento judicial, precisamente, con motivo de un caso relativo a una *joint-venture* o «empresa conjunta». El conocido juez Cardozo, en el caso señero *Meinhard v. Salmon* en 1928 condenó a un socio, a la sazón administrador de una sociedad conjunta, por incumplimiento de su deber fiduciario debido a que obtuvo subrepticamente una oportunidad de negocio<sup>93</sup>. En los años sucesivos la doctrina se fue consolidando en el Derecho norteamericano, expresión de la cual es el ya mencionado caso *Siegmán v. Tri-Star Pictures, Inc.* del año 1989, en el que el alto Tribunal de Delaware declaró la imposibilidad de modificar, por vía negocial, la configuración del deber de lealtad del administrador.

En las sociedades conjuntas es seguramente donde con mayor claridad se puedan evidenciar los intereses contrapuestos de sus participantes, que, a su vez, pueden compartir administradores en las distintas entidades. En tal sentido, el diseño de la empresa conjunta puede recoger la preocupación compartida por eventuales conflictos de intereses. Además de la previsión de su duración, otros aspectos, como las actividades que habrá de desarrollar y las que, en consideración a la anterior, resulten autorizadas a sus miembros fuera de su relación, son cruciales en la instancia de los tratos previos a su creación<sup>94</sup>.

Así lo reconocieron los comentarios a la modificación del artículo 2.02 de la *Model Business Corporation Act* en el año 2014, en atención a que los participantes de la empresa conjunta precisan saber si la doctrina de las oportunidades de negocio resulta de aplicación a aquellas otras actividades que puedan desarrollar fuera de ella<sup>95</sup>. Esta posibilidad ha tenido reconocimiento en la más reciente sentencia en el caso *77 Charters, Inc. v. Gould, C. A.*<sup>96</sup> del año 2020, que, a la luz del artículo 122(17) de la *Delaware General Corporation Law* y del acuerdo social, reconoció la licitud del pacto para que el administrador pueda realizar determinadas operaciones sobre las que, en principio, recaería la doctrina de las oportunidades de negocio. Con tal reconocimiento, da carta de naturaleza a los acuerdos de las empresas conjuntas que permitan a sus miembros modular o,

<sup>93</sup> *Meinhard v. Salmon*, 249 N.Y. 458, 464 (1928); si bien critican esta sentencia GELTER y HELLERINGER (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, p. 112), pues la empresa conjunta tenía una duración limitada.

<sup>94</sup> Al respecto, ya GLOVER (*Insights*, 1995, p. 10).

<sup>95</sup> EGE (*Bus. Law.*, 2014, p. 723).

<sup>96</sup> No. 2019-0127-JRS (Del. Ch. May 18, 2020).

incluso, excluir esta doctrina<sup>97</sup>. En suma, resulta dispensable al objeto de facilitar a las partes, o a algunas de ellas, la decisión de participar en el proyecto compartido. En tal sentido, puede resultar relevante la fijación del objeto específico de la empresa conjunta y la delimitación de los posibles conflictos a los que puede dar lugar el desarrollo del proyecto empresarial programado y, en el otro lado de la moneda, los supuestos y circunstancias en los que determinadas oportunidades de negocio hayan de quedar excluidas<sup>98</sup>.

### 6.3.3 GRANDES SOCIEDADES: *VENTURE CAPITAL* Y PARTES VINCULADAS

La limitación o eliminación del deber del administrador de no aprovechar las oportunidades de negocio obedece, con una diferente perspectiva, a la necesidad de dar cauce a los aspectos relativos al fomento del *Venture Capital*. La evolución del mercado de capitales en los últimos años ha llevado a una mayor presencia de los grandes inversores institucionales, cuyo interés por invertir en una determinada compañía, en ocasiones, puede venir acompañado de la exigencia de incorporar administradores que actúen en representación de sus intereses<sup>99</sup>. No obstante, su identificación como personas vinculadas a los administradores, que en nuestro sistema ha tenido reciente reconocimiento en la letra e del apartado primero del artículo 231 de la Ley de sociedades de capital, conlleva la asunción de los riesgos derivados de la infracción del deber de lealtad y de la extensión de sus efectos. Aun cuando el deber de lealtad tan solo incumbe a los administradores sociales, ello no es óbice para reconocer que los efectos de las acciones por infracción del deber, incluidas la anulación del acto y su remoción, pueden alcanzar, de igual forma, al socio representado por el administrador en el órgano.

Los comentarios a la Ley modelo del *Committee on Corporate Laws* de la *ABA Business Law Section* advierten aquellos supuestos en los que un socio significativo, para su entrada en la sociedad, léase un inversor con intereses en diferentes entidades y sectores,

---

<sup>97</sup> Para ZIEMONS (2017, Mg. 271) resulta igualmente conveniente incluir en los contratos de *joint venture* una cláusula que regule el procedimiento en caso de eventuales oportunidades de negocio, especialmente si la dirección de la *joint venture* o empresa conjunta es atribuida a uno de los socios. Sobre la posibilidad de la constancia del procedimiento en los estatutos sociales, si bien desde un punto de vista de los socios, *ad intra*, aboga por los acuerdos privados, OTEGUI JÁUREGUI (2018, pp. 246-247).

<sup>98</sup> Con todo, sobre los diferentes enfoques en torno a este tema, KERSHAW (*OJLS*, 2005, pp. 603-627) y LOWRY y EDMUNDS (*Mod. L. Rev.*, 1998, pp. 515-537).

<sup>99</sup> MANESH (*Harv. B. L. Rev.*, 2011-2012, p. 127) apunta un estudio que señala que el 88% de las sociedades en Delaware que vendieron participaciones a grandes inversores renunciaron a estos deberes o eliminaron cualquier responsabilidad derivada de su infracción.

requiera la presencia de un consejero, y que, a su vez, pueda quedar condicionada a una limitación anticipada o a una eliminación del deber de no aprovechar ciertas oportunidades de negocio<sup>100</sup>. Esta autorización obedece, en síntesis, a la amplitud con la que esta doctrina es entendida en el *Common law* y al reconocimiento de la función del administrador como representante del inversor, al que, además, se extiende la aplicación de la definición de parte relacionada contenida en la sección 8.60.

En tales circunstancias, en particular en el ámbito del capital-riesgo, los inversores pueden, al mismo tiempo o con posterioridad, participar en otras empresas de muy variada condición y actividad y, a la par, pueden tener interés en influir en su gobierno corporativo. En consecuencia, su inversión puede llevar aparejada la exigencia de ciertas dispensas del deber de no aprovechar determinadas oportunidades de negocio. Y ello aun cuando el conflicto solamente tenga lugar de modo indirecto, como personas vinculadas con los administradores sociales.

En el marco del *Venture Capital*, con todo, el Derecho europeo, ahora más vinculado al Derecho continental, tradicionalmente ha puesto la mirada en la prohibición de competencia, mientras que la doctrina de las oportunidades de negocio ha tenido acogida por vía jurisprudencial en cada uno de los Estados. En paralelo, las cuestiones que han trascendido en torno a la posición de los inversores institucionales, junto con los gestores de activos y asesores de voto, han recibido tratamiento normativo a través de las nuevas exigencias en términos de transparencia de sus estrategias de inversión y de información a los llamados beneficiarios últimos, como medio para la promoción de un denominado «crecimiento sostenible», principalmente en el ámbito de las sociedades cotizadas<sup>101</sup>. El

---

<sup>100</sup> Junto a ello, cuando se trate de un directivo, igualmente sometido a este régimen de las «corporate opportunities» en virtud de la relación que le une a la sociedad, además, la sección 2.02(b)(6) impone que la aplicación de una limitación anticipada o una eliminación del deber de ofrecer una oportunidad de negocio a la sociedad requiere la actuación del consejo de administración, que en tal caso habrá de decidir por medio de «administradores cualificados». Según el § 1.43, el «qualified director» es entendido como aquel que no resulta afectado o contaminado por el conflicto; es más, esta autorización *ex ante* también puede resultar de cualquier modo limitada por el consejo de administración. Igualmente, sobre la necesaria intervención del órgano de administración para la concesión de la autorización cuando se trate de un directivo, DAVIES y WORTHINGTON (2016, p. 545).

<sup>101</sup> El Derecho europeo de sociedades ha buscado proporcionar un marco normativo que congrega una amplia variedad de figuras jurídicas de inversión colectiva e inversores institucionales, junto con los gestores de activos, que quedan sometidos a unos deberes de información a los beneficiarios últimos de sus actividades, en particular respecto de sus estrategias de inversión, sus políticas de compromiso con la gestión empresarial y las cuestiones sociales y medioambientales. Véase, a estos efectos, el considerando 15 de la Directiva 2017/828. KASTIEL (*ColBus. L. Rev.*, 2016, p. 172) reconoce que, en los Estados Unidos, los inversores activistas, como los *hedge funds*, pueden alcanzar una representación en el

mismo fenómeno de la concentración de capital en manos de inversores institucionales, de carácter público o privado, y de gestores de activos, dentro del ámbito de las grandes sociedades, de las que las sociedades cotizadas son ejemplo paradigmático, también se presenta en el ámbito europeo. Sin embargo, los mercados de capitales han tenido un mayor desarrollo en el ámbito angloamericano, lo que, en el fondo, ha influenciado la configuración legal de los deberes de los administradores sociales<sup>102</sup>.

Si en el Estado de Delaware la exclusión o la limitación de la doctrina de las oportunidades de negocio para determinados supuestos, recogidos en los documentos constitutivos de la entidad, tenía como objeto la atracción de entidades a su fuero, en el otro lado de la moneda, el reconocimiento de la dispensa *ex ante*, o la conformación de la doctrina de las oportunidades de negocio como una norma dispositiva (*default rule*), ha tenido expansión en otras jurisdicciones estatales. Desde un primer prisma, fue vista como una reclamación normativa de las entidades emisoras para atraer capital. No obstante, por otro lado, también puede ser concebida como una exigencia de las empresas de capital privado (*Equity Investment*), a fin de evitar que el nombramiento de los administradores contaminara su posición jurídica con motivo de las inversiones en otras entidades que pudieran dar lugar a una suerte de opción sobre las mismas oportunidades de negocio. Como solución normativa, también cabría que el inversor solicitara la dispensa para cada oportunidad de negocio en cada una de las sociedades, cuando en virtud del pacto de socios o de adquisición o emisión de acciones haya designado un administrador. No obstante, en tal caso, no tendría asegurada la correspondiente autorización, lo cual, en definitiva, puede implicar la asunción de una responsabilidad a cargo del administrador.

El socio inversor, sea o no administrador, en cuyo caso puede resultar persona vinculada cuando nombre un administrador que controle la gestión en cada una de las sociedades en las que tenga una participación, se halla así en una complicada situación jurídica, ante una eventual responsabilidad o sanción por deslealtad, cuando

---

consejo de administración como accionistas minoritarios y, a tal efecto, colaborar con otros inversores institucionales. Entre nosotros, acerca de este fenómeno colaborativo, GARCÍA MANDALONIZ (2018, ap. II 1). También en torno al efecto de arrastre a los inversores institucionales hacia políticas cortoplacistas, VALMAÑA OCHAÍTA (2019, p. 1360).

<sup>102</sup> Para GELTER y HELLERINGER (*ECGI*, 2017, p. 26), las jurisdicciones continentales europeas, más influenciadas por la doctrina de las oportunidades de negocio estadounidense que por la inglesa, sin embargo, no han iniciado este tránsito del enfoque de los deberes fiduciarios con una orientación hacia las necesidades del mercado, debido a una cierta dependencia de su tradición jurídica (*path dependence*); con todo, advierten que las jurisdicciones continentales se hallan en un período transitorio entre el modelo anglosajón y el modelo estadounidense (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, p. 148).

tales entidades puedan estar interesadas en una misma oportunidad de negocio<sup>103</sup>. A ello se une la compleja labor de monitoreo de cada una de las situaciones que se puedan presentar, dentro de los amplios confines concedidos a esta doctrina y del carácter evolutivo de las actividades de las diferentes entidades de las que sea miembro. Por ello, en definitiva, la conveniencia, en la medida de lo posible, de delimitar *ex ante* la aplicabilidad de la doctrina<sup>104</sup>. No obstante, desde algunos sectores se ha manifestado la inconveniencia de esta política jurídica, fundamentada por una aspiración de competencia legislativa y de atracción al fuero del capital inversor, en detrimento de las legítimas expectativas de los socios minoritarios, al menos en las grandes sociedades<sup>105</sup>.

#### 6.3.4 EL MERCADO DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y DIRECTIVOS Y EL FENÓMENO DE LOS *INTERLOCKING DIRECTORATES*

*Last but not least*, otro argumento esgrimido desde la doctrina estadounidense para autorizar la renuncia anticipada de las oportunidades de negocio tiene que ver con el mercado de administradores y directivos y la captación de aquellos mejor preparados o con mejores conocimientos para dirigir los asuntos de la entidad; y ello aun a riesgo de que puedan serlo, al mismo tiempo, de otras sociedades con las que, en cualquier momento desde su nombramiento, pueda surgir una oportunidad de negocio que pueda resultar de interés para la sociedad administrada<sup>106</sup>. En este orden de cosas, se plantea la posibilidad de negociar con el administrador la renuncia de la sociedad a esta doctrina, como medio para facilitar su inclusión en el órgano de administración<sup>107</sup>. Tales argumentos, en suma, pueden dejar abierta la posibilidad para que pueda desarrollar ciertas líneas de negocio dentro de un sector más restringido que el que resulte de la actividad económica de la sociedad<sup>108</sup>. También puede servir, de otra parte, para atraer a inversores ante la confianza que les dispense

<sup>103</sup> Así lo advierten WOOLF (*Col. Bus. L. Rev.*, pp. 489-496) y GELTER y HELLERINGER (*Un. Ill. L. Rev.*, 2015, p. 1072).

<sup>104</sup> Como apuntan RAUTERBERG y TALLEY (*Col. L. Rev.*, 2017, p. 1087) y GELTER y HELLERINGER (*ECCI*, 2017, pp. 13-4).

<sup>105</sup> RAUTERBERG y TALLEY (*Col. L. Rev.*, 2017, p. 1087). Sobre los efectos negativos en la capitalización de las grandes sociedades, al incidir en sus políticas de innovación, FICH, HARFORD y TRAN (2021, p. 33).

<sup>106</sup> Acerca de estos problemas de dobles lealtades, en particular en las sociedades de carácter abierto, GELTER y HELLERINGER (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, pp. 114 y 117).

<sup>107</sup> Artículo 2.02(b)(6), que se ha de conectar con los artículos 1.43(a)(1) para los administradores no afectados por el conflicto (*qualified directors*) y 8.60 para las personas relacionadas (*related persons*). Igualmente, en EGE (*Bus. Law.*, 2014, pp. 721-4).

<sup>108</sup> Apunta así EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, p. 304) al comercio digital del producto en empresas semilla o *start-ups* de distribución.



la presencia en el órgano de un administrador experimentado en el correspondiente sector del mercado<sup>109</sup>.

Por otro lado, la opción de esta renuncia es aplicable igualmente a los directivos de la entidad que puedan tener conocimiento de la oportunidad de negocio; si bien, en este caso, el artículo 2.02(6) de la *Model Business Corporation Act*, junto a la dispensa *ex ante*, igualmente reclama la autorización del órgano de administración. En este ámbito, solamente se podrán pronunciar aquellos que no resulten afectados por el conflicto, ni estén vinculados al directivo. Tal prevención, que trae causa en la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad respecto de los actos de los directivos con facultades de representación frente a terceros, sin embargo, no tiene lugar cuando los actos de aprovechamiento de las oportunidades de negocio provienen directamente de estos o de personas a ellos vinculadas.

A una solución similar llega nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando, en sus resoluciones de 28 de abril de 2015<sup>110</sup> y de 11 de abril de 2016<sup>111</sup> y ante un apoderamiento del administrador a un tercero que incorporaba un consentimiento o dispensa anticipada de los actos que pudiera llevar a cabo, aun en conflicto de interés, excluye la competencia del administrador<sup>112</sup>. Pese a la flexibilidad formal con la que nuestra jurisprudencia ha tratado el tema de la autocontratación<sup>113</sup>, considera que el administrador, que actúa

<sup>109</sup> En tal sentido, RAUTERBERG y TALLEY (*Col. L. Rev.*, 2017, p. 1097).

<sup>110</sup> Núm. 6078/2015.

<sup>111</sup> Núm. 5291/2016.

<sup>112</sup> Ambas previsiones tenían el siguiente dictado: «c) Autocontrato: Las facultades conferidas podrán ejercitarse aun cuando aparezca la figura jurídica de la autocontratación o exista conflicto de intereses»; y «Autocontratación. El administrador, aquí compareciente, como el órgano de representación social, por entrar en el ámbito propio o impropio de sus facultades, faculta al apoderado para realizar, si fuera necesario, todas las facultades contenidas en este poder consigo mismo o con personas físicas o jurídicas cuya representación también ostente, aunque exista conflicto de interés, en los mismos términos que tales actos (con él o sus personas vinculadas), los podría ejecutar válidamente el administrador poderdante sin precisar autorización o dispensa de la Junta general, prestando desde este momento su consentimiento o dispensa anticipada a tales actos, sin perjuicio de la correspondiente rendición de cuenta a aquel. No obstante, será necesario acuerdo singular y previo de la Junta general conforme al artículo 230 TRLSC, para dispensar o autorizar aquellos actos que, el ejercicio del poder, suponga vincular el patrimonio social con el patrimonio del administrador poderdante o de aquellos con quien tenga vinculación según las Leyes, los cuales, en la medida en que el este no podría realizar por exceder de sus facultades, precisarán dicha autorización por disposición legal».

<sup>113</sup> Citan ambas la sentencia del Tribunal Supremo 29 de noviembre de 2001 (núm. 1133, Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz), que afirma que «el autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación (...) sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza. Este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en

por cuenta ajena, esto es, por cuenta de la sociedad, y que, en principio, queda sometido al régimen legal cuando se presente una situación de conflicto de intereses, no puede excluirlo respecto del apoderado. Esta facultad solo corresponde a la sociedad a través de la manifestación expresa de su Junta de socios<sup>114</sup>.

En todo caso, de no existir esta posibilidad de exclusión estatutaria o en los documentos constitutivos en la sociedad, se podría igualmente pensar que las grandes entidades de inversión o de capital-riesgo podrían ubicar distintos administradores nominales en las sociedades en las que invierten y, de esta forma, evitar su aplicación. Esta práctica nos devuelve, sin embargo, a la casilla de salida y al régimen de la deslealtad por la vía de su condición como persona relacionada con el administrador. La cuestión se traslada así a las relaciones existentes entre dos sociedades interesadas en una misma oportunidad de negocio y tan solo «relacionadas» porque sus respectivos administradores, personas distintas y no vinculadas, sean designados por una tercera persona, común o vinculada a ambos. Ello da lugar a una relación que podría ser considerada «a tres bandas» y que, sin embargo, escaparía del riguroso régimen preventivo del deber de lealtad impuesto a los administradores sociales.

#### 6.4 Fundamentos de la renuncia o de la limitación de las oportunidades de negocio: la dispensa y los problemas de agencia

De vuelta a las aportaciones del Análisis económico del Derecho a la doctrina norteamericana y al riesgo de separación de los intereses personales de los administradores y de aquellos otros que efectivamente invierten en la sociedad, como son los socios, la doctrina de las oportunidades de negocio permite reducir de manera natural los

---

la doctrina científica, en las decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la jurisprudencia de esta Sala...». En consecuencia, consideran válida y eficaz la autocontratación que venga precedida por la autorización del poderdante, sin que sea preciso que tal autorización reúna especiales requisitos de forma.

<sup>114</sup> Fundamento de derecho cuarto: «De aquí que en ambos casos la solución sea la misma: ausencia de actuación representativa que solo el principal puede dispensar. El órgano de administración consecuentemente no puede otorgar una dispensa que solo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio del órgano de expresión de su voluntad: la junta general de socios»; y fundamento de derecho quinto, pues «la situación de conflicto es ante todo un conflicto material que puede ser dispensado siempre que el interés de la sociedad quede salvaguardado. La regla general es que la dispensa en un supuesto concreto la pueda otorgar el órgano de administración en los estrictos términos en que se pronuncia la norma; en los demás casos, la competencia corresponde a la junta general. Pero nada permite en la normativa señalada concluir que el órgano de administración puede otorgar una dispensa general a cualquier situación de conflicto que se produzca entre los intereses del principal, la sociedad, y el apoderado representante... En definitiva, el nuevo régimen legal no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general solo puede ser llevada a cabo por la junta de la sociedad en cuanto principal de la relación representativa».

denominados costes de agencia. Reconoce, por lo tanto, la funcionalidad de los deberes fiduciarios, de manera que impide la actuación oportunista de los administradores, al paso que reduce los costes de control de los accionistas sobre aquellas conductas que sean contrarias a sus legítimos intereses en la sociedad, con base en su inversión y en el reconocimiento de sus derechos de económicos.

No obstante, para el inversor que designe a un miembro del órgano de administración, como parte vinculada, el problema reside, a fin de excluir la responsabilidad del administrador y la extensión de sus efectos, en verificar que no tiene lugar una situación que pueda entrañar una oportunidad de negocio. La activación del deber de lealtad, con obligaciones de comunicación e información a la sociedad y al mercado, así como de solicitud de dispensa (*disclaimer*) sobre la base de oportunidades de negocio individuales, caso por caso, comporta unos costes añadidos como consecuencia de su consideración como parte vinculada. A ello se une, como ya se ha manifestado, la inseguridad que provoca una visión amplia de la doctrina, en relación, entre otros, con la variabilidad de las actividades de la sociedad, lo que dificulta, en suma, la labor de verificación<sup>115</sup>.

En consecuencia, algunas jurisdicciones de los Estados Unidos han advertido, también desde esta perspectiva economicista, la reducción de costes que comporta la posibilidad de la renuncia anticipada del aprovechamiento de las oportunidades de negocio. De esta manera, cuando los beneficios para las partes, inversora y emisora, superen los costes que supone la autorización previa, en particular para la sociedad, parece conveniente dejar en manos de ambas la decisión acerca de la dispensa de las eventuales oportunidades de negocio que se puedan presentar<sup>116</sup>. Para ello será relevante que la decisión sea adoptada con la información necesaria, a fin de evitar asimetrías informativas, en especial para aquellos socios que no formen parte del perímetro de vinculación del administrador<sup>117</sup>. Habida cuenta que la renuncia constituye una excepción a la prohibición de aprovechamiento de las oportunidades de negocio a cargo del administrador y, por extensión, de sus deberes fiduciarios, cabría plantear la introducción de normas estatutarias en relación con la delimitación de las oportunidades excluidas. Este constructo todavía deja expedita la vía de la impugnación de los acuerdos de la Junta cuando los socios carezcan de la informa-

<sup>115</sup> Sobre la indeterminación del catálogo de oportunidades «reservadas» a la sociedad, FLEISCHER (2019, Mg. 177).

<sup>116</sup> Acerca de esta orientación, GELTER y HELLERINGER (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, p. 118).

<sup>117</sup> Igualmente, sobre el nivel óptimo de la contratación, con información suficiente, SAVITT (2003, p. 18).

ción suficiente, así como las reclamaciones de responsabilidad *ex post* por incumplimientos fuera del ámbito de la excepción<sup>118</sup>.

### 6.5 Límites de la renuncia: su casuística y los deberes de confidencialidad y del uso de activos

Otra de las cuestiones sensibles de la renuncia de las oportunidades de negocio, desde una visión restrictiva, y entendida como excepción a la regla general de la plena aplicabilidad al administrador de sus deberes fiduciarios, tiene que ver con su ámbito de aplicación. En este orden de cosas, el artículo 122(17) de la *Delaware General Corporation Law* tan solo autoriza la exclusión de oportunidades de negocio específicas o de determinadas clases o categorías de oportunidades de negocio. Deja fuera de este ámbito, por lo tanto, las renunciaciones de la sociedad en términos generales<sup>119</sup>. Esto podría ponerse en relación con la exigencia legal de determinación del objeto social en nuestras sociedades de capital y de las actividades que lo integren (cfr., arts. 23 b LSC y 117 RRM).

En consecuencia, desde esta visión, cabe que los socios, a través de los estatutos sociales, delimiten los criterios o condiciones que permitan que un administrador o una parte a él vinculada pueda acceder a la oportunidad, sin necesidad, por lo tanto, de abstención y de comunicación previa a la sociedad. Ahora bien, los estatutos han de indicar los supuestos o, al menos, las clases o categorías de negocios a los que alcance la excepción<sup>120</sup>. Se trataría así, en primer lugar, y frente a una concepción amplia de la doctrina, que se extiende a los conocimientos que el administrador pueda obtener fuera de la sociedad, de permitir que los estatutos sociales puedan incorporar

---

<sup>118</sup> Como reconoce la exposición de motivos de la reforma del artículo 122(17) de la *Delaware General Corporation Law*, esta disposición permite que la sociedad determine de antemano si una oportunidad de negocio específica o una clase o categoría de oportunidades de negocio es una oportunidad corporativa, en lugar de abordar dichas oportunidades a medida que surjan. Esto, sin embargo, no altera el nivel de escrutinio judicial que se aplicará a la renuncia a un interés o expectativa de la sociedad, el cual será determinado con base en los criterios de aplicación del deber fiduciario de lealtad. En relación con lo anterior, SAVITT (2003, p. 67) y EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, p. 304) quien, no obstante, reconoce que tal medida reduce la litigiosidad en este ámbito.

<sup>119</sup> En esta línea, GORDON (*Col. L. Rev.*, 1989, pp. 1596-7).

<sup>120</sup> En el caso *Alarm.com Holdings, Inc. v. ABS Capital Partners, Inc.*, en sentencia de 7 de febrero de 2019, el Tribunal Superior de Delaware puntualiza que «[n]o se ha cuestionado el alcance de la renuncia, y esta decisión no brinda la oportunidad de opinar sobre la validez de una renuncia amplia y general a las oportunidades corporativas, en contraste con una disposición más adaptada que aborde una oportunidad de negocio específica o una clase o categoría definida de oportunidades de negocio» («[n]o one has challenged the scope of the waiver, and this decision provides no opportunity to opine on the validity of a broad and general renunciation of corporate opportunities, as contrasted with a more tailored provision addressing a specified business opportunity or a well-defined class or category of business opportunities»).

los criterios presuntivos que delimiten cuándo el administrador debe poner a disposición la oportunidad de negocio de la que tenga conocimiento por razón de su cargo y qué oportunidades encuentran su razón de ser en otras fuentes.

Se alinean con esta opción, por otro lado, las reglas contenidas en la regulación de las *Limited Liability Companies* («LLC») y en las *Limited Partnerships* («LP»), que si bien permiten la exclusión por completo de los deberes fiduciarios, mantienen los corolarios del comportamiento de buena fe y de la probidad (*good faith and fair dealing*)<sup>121</sup>. Más dudoso parece que, en el sentido contrario, la sociedad tan solo se pueda reservar determinadas oportunidades de negocio o los ámbitos en los que la doctrina resulte de aplicación<sup>122</sup>. También en relación con otras formas societarias, el artículo 136 de nuestro Código de comercio reclama el consentimiento de la sociedad colectiva, que no podrá negarlo sin acreditar que de ello le resulta un perjuicio efectivo y manifiesto<sup>123</sup>.

Este enfoque, sin embargo, varía en el artículo 2.02(6) de la *Model Business Corporation Act* cuando, si bien solamente hace mención de «una o más clases o categorías de oportunidades de negocio»<sup>124</sup>, sus comentarios permiten una autorización general, de manera que dan cabida a la exclusión de cualquier oportunidad de negocio en abstracto<sup>125</sup>. Deja pues en manos de las partes la configuración de la renuncia

<sup>121</sup> Sobre la posibilidad de expandir, restringir o, incluso, eliminar, mediante un acuerdo de los socios (*limited liability company agreement*) la responsabilidad por incumplimientos del deber de lealtad en las *Limited Liability Companies* y en las *Limited Partnerships*, en virtud de la libertad negocial y, en particular en el Estado de Delaware, tras la reforma del 2004 y según la actual redacción del § 18-1101(c) del capítulo 18, del título 6, dedicado al comercio, del Código de Delaware, pero siempre y cuando mantenga incólumes las conductas debidas e implícitas de la buena fe y la equidad, MILLER (*Un. Penns. L. Rev.*, 2004, pp. 1611-2), STEELE (*Am. Bus. L. Journ.*, 2009, pp. 222-23), DIMATTEO (*Am. Bus. L. Journ.*, 2009, p. 279) y HORTON (*Del. Journ. Corp. L.*, 2016, pp. 921-988). Esta es la postura mantenida para los pactos que eliminan los deberes de los administradores o de otros miembros de la sociedad en los casos *Fisk Ventures, LLC v. Segal* (2008 WL 1961156 (Del. Ch., de 7 de mayo de 2008)), *Atlas Energy Resources, LLC* (4589-VCN (Del. Ch. de 28 de octubre de 2010) WL 4273122) y *Auriga Capital Corp. v. Gatz Properties* (40 A.3d 839, 849-56 (Del. Ch. 2012)).

<sup>122</sup> Lo admite, no obstante, SAVITT (2003, p. 63).

<sup>123</sup> Esta solución, sin embargo, contrasta con la contenida en el artículo 137 del Código, que, para aquellas sociedades que tengan un objeto específico, también contiene una suerte de *default rule* según la cual los socios resultan autorizados para realizar actos distintos a aquellos que pertenezcan «a la especie de negocios a que se dedique la compañía». Ahora bien, el pacto especial en contrario se ha de entender desde la posibilidad de prohibir que puedan llevar a cabo otras operaciones mercantiles distintas a las que constituyan el género de comercio de la compañía y no como exoneración de su *affectio societatis* frente a la sociedad.

<sup>124</sup> EGE (*Bus. Law.*, 2014, p. 721).

<sup>125</sup> De esta manera, el recurso a la opción que dispensa el artículo 2.02(b)(6) evita la exposición del administrador, o de otra persona que pueda resultar afectada, a una acción de responsabilidad o a una específica acción o sanción por deslealtad, tal y como recoge EGE (*Bus. Law.*, 2014, p. 723). Otros Estados, que posteriormente han regulado la cuestión,

en consideración a las particulares circunstancias de la compañía<sup>126</sup>. Con ello pone de manifiesto una tendencia a la expansión de las posibilidades de exclusión de esta doctrina no solo para casos específicos o puntuales, como «conflictos ocasionales», sino que, sin perder tal consideración, la renuncia *ex ante* puede abarcar cualquier conflicto que se pueda presentar en el cambiante ámbito de la actividad económica de la sociedad.

Otro problema anudado a la renuncia de la prohibición de las oportunidades de negocio para los administradores atañe al mantenimiento de otros deberes fiduciarios, como el deber de confidencialidad y el deber de explotación de los activos de la sociedad. En estos casos de naturaleza «apropiatoria», el deber del administrador de destinar los recursos de la entidad a los propósitos para los cuales se han de dedicar, en relación con el objeto social, impide su exclusión. También en nuestro ámbito interno, para las sociedades colectivas, el artículo 134 del Código de comercio reconoce una separación entre las negociaciones hechas por los socios en nombre propio y con sus fondos particulares y las negociaciones que lleve a cabo en representación de la compañía y con sus recursos.

Sin embargo, la asunción de las oportunidades de negocio no es un acto extractivo del patrimonio social, sino tan solo un acto en su caso asuntivo de unas expectativas de ganancias, a las que la sociedad legítimamente puede renunciar<sup>127</sup>. Por ello, los comentarios de la ley modelo estadounidense mantienen que cualquier exclusión o limitación de la prohibición de aprovechamiento de las oportunidades negocio no ha de afectar los deberes relativos al uso no específicamente autorizado de los activos o de la información de la entidad o a la realización de actividades competitivas desleales, de manera que el conflicto pueda devenir «permanente». De esta forma, la dispensa general queda circunscrita a la doctrina de las oportunidades de negocio, que, por otra parte, son las actuaciones que dan lugar a una mayor litigiosidad entre la jurisprudencia estatal<sup>128</sup>.

Otra de las cuestiones que plantea la renuncia, y con ello la autorización *ex ante* para que el administrador o una persona a él

---

han seguido esta misma opción de la eliminación amplia o «blanket provision», como el Estado de Washington en la ley de 26 de julio de 2015.

<sup>126</sup> A tal efecto, como apunta EGE (*Bus. Law.*, 2014, p. 724), corresponderá a la sociedad decidir, a tenor de sus singulares circunstancias, en primer lugar, la limitación o la eliminación del deber, y, en segundo término, si ha de tener un carácter genérico o bien específico para determinadas categorías o clases de operaciones.

<sup>127</sup> Así, FLEISCHER (2019, Mg. 177) distingue entre dos funciones: la función de asignación, que otorga a la sociedad derechos de primera explotación sobre determinadas oportunidades de negocio (*Zuordnungsfunktion*); y la función de exclusión, que prohíbe a los miembros del órgano de administración el acceso no autorizado a ellas (*Ausschließungsfunktion*).

<sup>128</sup> En EGE (*Bus. Law.*, 2014, p. 72).

vinculada pueda acometer una oportunidad de negocio, tiene que ver con el planteamiento de tal autorización, general o acotada, según el caso, como una retribución por el cargo, de manera que podría escapar del marco de los deberes fiduciarios<sup>129</sup>. También se podría plantear aquel otro supuesto en el que determinadas oportunidades de negocio sean conocidas por el administrador a raíz de las funciones que desarrolle en la sociedad, como una suerte de relaciones de carácter *intuitu instrumenti*, frente al reconocimiento de otras oportunidades que no resulten de tal condición, sino por las especiales vinculaciones que puedan surgir de sus relaciones con terceros, como relaciones *intuitu personae*<sup>130</sup>. La delimitación puede no resultar sencilla, si bien todavía cabría conceder un margen a los estatutos para conformar tal casuística<sup>131</sup>.

## 6.6 Formas y aspectos subjetivos de la renuncia

### 6.6.1 LA RENUNCIA CONTRACTUAL

Otras cuestiones en torno a la renuncia *ex ante* o la dispensa *ex post* a la aparición de la oportunidad de negocio comprenden tanto la relativa al modo de llevarla a cabo, como los sujetos a los que alcanza. Si volvemos a la regulación del Estado de Delaware, la referencia abarca a los administradores, a los directivos y a los socios<sup>132</sup>; mientras, el artículo 2.02.b(6) de la *Model Business Corporation Act* la extiende a «un administrador o cualquier otra persona», sin un mayor detalle<sup>133</sup>. Respecto de los primeros, el conflicto es directo; sin embargo, la situación varía cuando se trata, en primer lugar, de los directivos. En tal caso, se podría mantener que la dispensa pueda tener su base en las relaciones contractuales con la

<sup>129</sup> Como una forma alternativa de retribución, SAVITT (2003, p. 65).

<sup>130</sup> En esta línea, BUYER (*BB*, 1993, p. 2062).

<sup>131</sup> SPINDLER (2019, Mg. 66, nota 268) hace mención de la sentencia del Tribunal Superior de Land de Frankfurt (GmbHR 1998, 376 (378)), que incluye no solo las «oportunidades comerciales objetivas en virtud del objeto» (*objektiven Geschäftschancen kraft Gegenstands*), sino también las «oportunidades comerciales subjetivas a través de la concreción» (*subjektive Geschäftschancen durch Konkretisierung*), que se relacionan con oportunidades comerciales para las cuales la empresa ya cuente con los correspondientes planes internos.

<sup>132</sup> Para EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, p. 303), la regulación de esta cuestión excluye, en consecuencia, cualquier visión meramente contractual de los pactos de exclusión o de limitación del deber.

<sup>133</sup> Los comentarios al artículo 8.70(a)(1) de la Ley modelo del *Committee on Corporate Laws* de la *ABA Business Law Section* reconocen, de esta manera, un «puerto seguro» (*safe harbour*) al director o directivo que tenga que lidiar con esta cuestión de considerar si la situación, en un momento dado, puede comportar una oportunidad corporativa, así como su extensión a otras personas, en su caso vinculadas en los términos del artículo 8.60, o incluso a aquellas que queden fuera del marco legal de vinculación.

sociedad<sup>134</sup>. Cuando se trate de una dispensa ocasional, puede ser concedida por los administradores no afectados por el conflicto, mediante el contrato de dirección y, de no haberlos, por los socios debidamente reunidos en Junta general. No obstante, cuando se trata de una renuncia *ex ante* de la sociedad, parece necesario que cuente, además de lo anterior, con los medios de protección que la modificación de estatutos confiere a los socios. Igualmente, la debida publicidad a la concesión de esta autorización permite garantizar mejor la protección de los socios minoritarios y de los terceros, en aras a la seguridad del tráfico jurídico<sup>135</sup>.

Junto a lo anterior, la autorización *ex ante* o la renuncia de la sociedad, como cualquier otra limitación anticipada de la prohibición de aprovechar las oportunidades de negocio, cuando se trate de un conflicto indirecto, ha de delimitar las partes a las que puede alcanzar. Con especial significación cuando se trate del socio representado por el administrador en el órgano de administración, pero también de cualquier otra persona vinculada, la cláusula estatutaria de exclusión o de limitación, ante su carácter excepcional de los deberes fiduciarios, en principio, ha de declarar, al igual que su extensión objetiva, su extensión subjetiva. Aun cuando pueda manifestarse, como la norma del artículo 122(17) de la *Delaware General Corporation Law* en términos amplios, ello no es óbice para que quede adecuadamente reflejada en la redacción estatutaria.

#### 6.6.2 LA INCORPORACIÓN DE LA RENUNCIA A LOS ESTATUTOS SOCIALES

Tanto la *Model Business Corporation Act*, en su artículo 2.02, como el artículo 122(17) de la *Delaware General Corporation Law*, respecto de oportunidades de negocio específicas, permiten que los estatutos sociales, debidamente inscritos, delimiten la actuación que sea autorizada al administrador<sup>136</sup>. El artículo 122(17) de la *Delaware General Corporation Law* también autoriza, además, que la renuncia pueda tener lugar mediante un acuerdo de los administradores. En

<sup>134</sup> También los comentarios a la Ley modelo del *Committee on Corporate Laws* de la *ABA Business Law Section* exigen que la limitación o la eliminación de la prohibición de aprovechamiento de las oportunidades corporativas en favor de los directivos sea decidida por el órgano de administración en casos específicos o mediante los contratos de trabajo u otros acuerdos contractuales entre los administradores y tales directivos.

<sup>135</sup> Entre la doctrina alemana, WEITNAUER (*MitBayNot*, 1991, p. 152) admite que la exención para un caso particular puede igualmente seguir los criterios previstos para las modificaciones de los estatutos sociales.

<sup>136</sup> Así, como un «puerto seguro», tanto para los administradores, como para los directivos, en los comentarios al artículo 2.02 (b)(6) y al artículo 8.70(a)(2) de la *Model Business Corporation Act*, tal y como resalta EGE (*Bus. Law.*, 2014, p. 728).



este punto, parece más conveniente la solución de la *Model Business Corporation Act*, que desplaza el régimen de dispensa a la aprobación del órgano de administración, al paso que reclama que la renuncia o la limitación *ex ante* de la existencia del conflicto deba tener plasmación en los estatutos sociales, como mecanismo que mejor tutela todos los intereses en presencia<sup>137</sup>. Es más, la práctica norteamericana, también en el Estado de Delaware, parece indicar que esta última es la opción más frecuentemente adoptada. Si el caso *Siegmán v. Tri-Star Pictures, Inc.* del año 1989, el Tribunal de Delaware declaró nulo el acuerdo entre las partes que permitía la captación de oportunidades de negocio en el campo de la producción cinematográfica, lo que llevaría a la autorización legislativa en tal sentido, como botón de muestra, los documentos constitutivos de la sociedad DreamWorks, formada por los conocidos productores de Hollywood, Steven Spielberg, Jeffrey Katzenberg y David Geffen, les reconoció el derecho a utilizar para sí cualquier material cinematográfico del que pudieran tener conocimiento<sup>138</sup>.

Aun cuando en las *Corporations*, como *default rule*, los documentos sometidos a inscripción pueden prever la renuncia *ex ante*, de otro lado, su admisibilidad requiere, al menos, que no excluyan tal posibilidad<sup>139</sup>. Si así fuera, el carácter preferente de los estatutos impediría que el órgano de administración pueda dispensar al administrador afectado o a cualquier otra persona relacionada. Se podría pensar también que, en nuestro fuero interno, el régimen de dispensa no haya de ser visto como un régimen imperativo y que, por lo tanto, los estatutos puedan imponer, verbigracia, que toda dispensa haya de ser concedida por la Junta general, o que, incluso, *sensu contrario*, no quepa tal posibilidad sin la oportuna modificación estatutaria.

### 6.6.3 LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES Y LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS

Al hilo de lo anterior, otro aspecto sensible atañe a la modificación estatutaria que pueda dar lugar a una cláusula de renuncia o limitación de la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades

<sup>137</sup> Sobre su carácter preferente ya se pronunció SAVITT (2003, p. 64). Acerca de esta posibilidad, también en el Derecho alemán, FLEISCHER (NZG, 2013, p. 367). Sin embargo, duda al respecto, a falta de un específico tratamiento legal de la cuestión, KUMPAN (2014, pp. 485-6).

<sup>138</sup> FLEISCHER (NZG, 2013, p. 366) siguiendo a ALLEN, KRAAKMAN y SUBRAMANIAN (2009, p. 350).

<sup>139</sup> GELTER y HELLERINGER (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, pp. 126-7) contraponen el artículo 122(17) de la *Delaware General Corporation Law* a la *Companies Act* inglesa de 1929, que expresamente prohibía aquellas previsiones estatutarias que excluyeran la responsabilidad de los administradores por infracciones de los deberes fiduciarios.

de negocio. Los principales problemas tienen que ver con los requisitos exigibles para tal reforma.

Respecto de la información a comunicar a la Junta, el proponente, generalmente el administrador, ha de facilitar a los socios todos aquellos datos materiales y circunstancias relevantes sobre la eventual oportunidad de negocio o acerca de las clases o categorías de oportunidades cuya exclusión pretenda<sup>140</sup>. Sin embargo, una renuncia general, en caso de ser admitida tal posibilidad, como autorizan los comentarios a la *Model Business Corporation Act (blanket in nature)*, facilitaría esta labor informativa<sup>141</sup>. Trasladado a nuestro Derecho de sociedades, el artículo 286 de la Ley de sociedades de capital impone que los administradores o, en su caso, los socios autores de la propuesta de modificación de los estatutos sociales, con carácter general, deban redactar su texto íntegro; además, en particular, tratándose de una sociedad anónima, deben redactar un informe escrito con su justificación. En este último punto, ya se ha hecho mención de las circunstancias que pueden dar lugar a la introducción de esta tipología de cláusulas estatutarias, con referencia a las necesidades de inversión y las exigencias de los inversores, en concreto, cuando las infracciones del deber de lealtad, por este motivo, puedan alcanzar a las personas vinculadas.

Un segundo aspecto a considerar tiene que ver con el régimen de aprobación del acuerdo de la Junta general. La dispensa, dentro del marco de estos conflictos ocasionales, ha de ser adoptada por una mayoría de los administradores «desinteresados» en la oportunidad de negocio, para lo cual igualmente se ha de tener en cuenta su vinculación con el administrador afectado. Trasladado a la Junta, la mayoría igualmente corresponde, respecto de su cómputo, a la participación de los «socios desinteresados» en su aprobación<sup>142</sup>. Esta solución también se halla presente en la letra e del apartado primero del artículo 190 de la Ley de sociedades de capital cuando impone que el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas de su deber de lealtad.

Ciertamente esta prohibición se ciñe a la dispensa prevista en el artículo 230 y no a la modificación estatutaria en el sentido planteado. Sin embargo, en cuanto pueda afectar al deber de lealtad, se podría

<sup>140</sup> Por todos, EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, pp. 307, 311 y 317). Entre la doctrina alemana, ZIEMONS (2017, Mg. 271) y TIMM (*GmbHR*, 1981, p. 183 ss.).

<sup>141</sup> A favor, SIEG y ZEIDLER (2017, p. 92).

<sup>142</sup> Sobre el concepto de socio desinteresado («disinterested shareholder»), EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, p. 294). También el comentario al artículo 2-02 de la *Model Business Corporation Act* se refiere a la figura de los «qualified shareholders», en paralelo a los «qualified directors».

aceptar una interpretación extensiva que reclame la participación en la Junta de tan solo los «socios desinteresados»<sup>143</sup>. Si bien nuestro Tribunal Supremo se ha manifestado en el sentido de mantener una interpretación restrictiva y limitada al «socio-administrador», la dispensa aplicable a un socio, léase un socio con una influencia significativa, igualmente exigiría su abstención en la Junta general que haya de decidir acerca de tal dispensa<sup>144</sup>.

## 6.7 El régimen de responsabilidad de los administradores y de impugnación de los acuerdos. El interés social como punto de encuentro

En contraposición al régimen de la unanimidad prevista para las sociedades personalistas en las modificaciones del acto constitutivo de la sociedad, y frente a la vis atractiva de su carácter contractual<sup>145</sup>, en las sociedades de capital, el deber de abstención del socio afectado por el conflicto altera la distribución de los votos de los socios en la Junta general. Pese a ello, el acuerdo todavía ha de ser adoptado según un criterio mayoritario y no obstante la disconformidad de algún socio que entienda que la modificación estatutaria que permita a determinados administradores, directivos u otros miembros de la organización, como socios o también a personas vinculadas, aceptar oportunidades de negocio pueda perjudicar su posición. En nuestro ámbito, la interpretación restrictiva acerca de la existencia de conflictos indirectos en la Junta, parece patrocinar esta opción.

En este aspecto, la autorización para aprovechar las oportunidades de negocio ha de tener, aun cuando sea *ex ante*, un carácter ocasional, pues de otro modo entraría en la esfera de la prohibición de competencia y de los conflictos permanentes a los que se hará alusión en el siguiente apartado de este trabajo. Por ello no parece suficiente que la minoría disconforme pueda

<sup>143</sup> Sobre la ausencia de una reforma legislativa que regule específicamente el procedimiento para la modificación estatutaria de la renuncia de la sociedad en los Estados de Delaware y Maryland, EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, pp. 305-6).

<sup>144</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 12 noviembre de 2014 (núm. 608, F. D. 5.º, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena) considera válida una cláusula estatutaria de una sociedad anónima cotizada en la que se identifican de forma concreta determinados supuestos de conflicto en los que el socio no podrá votar. Entiende el Tribunal, en tal caso, que dicha cláusula responde a una justificación razonable y no discriminatoria y que no contiene una prohibición genérica de voto en situaciones de conflicto, que habría permitido la arbitrariedad en la privación del ejercicio de tal derecho.

<sup>145</sup> ASÍ, EFFINGER (*Un. Balt. L. Rev.*, 2018, p. 308), según la *Maryland's Revised Uniform Partnership Act*, para la modificación de los «Partnership Agreements» con el propósito de excluir determinadas clases o categorías de actividades, en relación con la necesidad de consentimiento de todos los socios y la plena comunicación de los hechos relevantes.

legítimamente reclamar un derecho de separación y, menos, la exclusión del socio-administrador afectado, como en el caso de infracción del deber de competencia (cfr., art. 350 LSC). Por lo tanto, la cuestión se habrá de dilucidar a través de las reglas que rigen la impugnación de los acuerdos sociales, en particular por infracciones en las reglas para la modificación estatutaria, y del deber del proponente de dar cumplida información a los socios<sup>146</sup>.

En última instancia, en el aspecto sustantivo, la causa de impugnación puede tomar como origen el abuso de la mayoría, cuando esta esté conformada por personas vinculadas a los afectados por la exención o la limitación, así como el perjuicio al interés social (cfr., art. 204.1 LSC)<sup>147</sup>. Las necesidades de inversión de la sociedad, significativamente cuando se trate de ampliaciones de capital con emisión de nuevas acciones para permitir la entrada de un tercero que exija, a la par, la renuncia por la sociedad a reclamar la infracción del deber de no aprovechamiento de las oportunidades de negocio a cargo del administrador por él designado y frente a él como persona vinculada, dará carta de naturaleza a esta posibilidad. De otro modo, la protección de la inversión en el mercado de capitales, ante el riesgo de tal extensión, podría llevar a la creación de complejas estructuras financieras, verbigracia, a través de entidades de propósito especial, al objeto de tratar de escapar del parámetro de vinculación legalmente establecido<sup>148</sup>.

La inclusión de la renuncia o, alternativamente, la limitación de la doctrina de las oportunidades de negocio dentro del contenido de los estatutos sociales, por otra parte, presenta notables ventajas en aras a la seguridad jurídica, en particular, respecto de su oponibilidad frente a los socios anteriores y posteriores a su adopción<sup>149</sup>. Asimismo, limita las posibilidades de impugnación por parte de socios y terceros, ante las prevenciones que reclama la regulación para la modificación de los estatutos sociales, y las acciones sociales de responsabilidad contra los administradores. De esta suerte, constituye una suerte de «puerto seguro», en la terminología anglosajona, pero no impide que los socios y los

<sup>146</sup> Esto cobra especial significación en aquellas jurisdicciones en las que la renuncia o limitación ha de quedar circunscrita a determinadas clases o categorías de oportunidades de negocio y, por lo tanto, requiere su especificación estatutaria, como señalan GELTER y HELLERINGER (*Berk. Bus. L. Journ.*, 2018, p. 127).

<sup>147</sup> RAUTERBERG y TALLEY (*Col. L. Rev.*, 2017, pp. 1080-1) apuntan, de un lado, al interés común de los socios respecto del bienestar de la sociedad, y, de otro, al interés de los administradores en obtener certeza sobre las oportunidades de negocio a las que podrán tener libre acceso.

<sup>148</sup> Para una aproximación a esta figura, en nuestra monografía de 2017, *passim*.

<sup>149</sup> En esta línea, RAUTERBERG y TALLEY (*Col. L. Rev.*, 2017, p. 1116).

terceros puedan ejercitar tales acciones cuando consideren que la oportunidad de negocio recae fuera de los contornos de la exclusión o de la limitación estatutaria<sup>150</sup>.

## 7. LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA Y DE CONFLICTOS PERMANENTES CON LA SOCIEDAD

### 7.1 La postura legal española y su contraste con la doctrina alemana

Desde la perspectiva de la incidencia de las conductas derivadas del deber de lealtad en el mercado, el aprovechamiento de las oportunidades de negocio fue objeto de regulación en nuestro Derecho desde los principios inspiradores y las recomendaciones de los Códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas en los albores de este siglo. Frente a esta relativamente reciente concepción de la conducta debida del administrador, el ejercicio por cuenta propia o ajena de actividades competitivas goza de una amplia tradición en nuestro Derecho de sociedades, como en otros del Derecho continental europeo. Aun cuando ambas doctrinas presentan puntos de contacto respecto de su objeto, determinadas situaciones pueden incardinarse, independientemente, en una u otra esfera<sup>151</sup>.

En nuestro fuero, el régimen imperativo del deber de lealtad impide que los socios, por vía estatutaria, puedan, en términos generales, excusar la aplicación de las reglas y conductas que son expresión del deber de lealtad a los administradores. En contraste, el deber de lealtad tampoco es un deber absoluto, en relación con las circunstancias que permiten su dispensa<sup>152</sup>. A tal efecto, el apartado tercero del artículo 230

<sup>150</sup> Véase, como excepción al artículo 8.31(A)(1), en los comentarios a la *Model Business Corporation Act*, si se dan los elementos y las circunstancias que permiten su consideración.

<sup>151</sup> Según FLEISCHER (*NZG*, 2013, p. 363), las aplicaciones de la teoría de la oportunidad y la cláusula de no competencia se superponen parcialmente. Quien, por ejemplo, adquiere como particular un inmueble comercial apto para la sociedad no compite con ella, pero aprovecha una oportunidad por medio de su asignación; por el contrario, quien posea una participación no declarada en una sociedad competidora que haya adquirido antes de asumir el cargo de administrador, no infringe la prohibición de apropiación de oportunidades de negocio, pero sí la prohibición de competencia. Asimismo, SPINDLER (2019, Mg. 61), sobre la base del deber de lealtad y la limitación a la discrecionalidad empresarial en este ámbito, reconoce que la teoría de las oportunidades de negocio incluye las actividades privadas y, por lo tanto, va más allá en algunos casos de la prohibición de no competencia, por lo que son dos instituciones diferentes que, no obstante, se superponen en muchos ámbitos.

<sup>152</sup> También en el marco de las relaciones fiduciarias, CHRISTIE (*Mod. L. Rev.*, 1992, pp. 509 y 512), con remisión al caso *Aberdeen Railway Co v Blaikie Bros.* de 1932 (AC 161, p. 195); y, entre nosotros, PAZ-ARES RODRÍGUEZ (*RdS*, 2003, p. 83). En nuestro Código de comercio, el artículo 288 ya admite que el principal pueda autorizar, de manera expresa,

de la Ley de sociedades de capital establece un régimen específico para la dispensa de la obligación de no competir con la sociedad, que atribuye a la Junta general y que autoriza solamente cuando no quepa esperar daño para la sociedad o cuando este pueda ser compensado con los beneficios esperados.

En sentido similar, el artículo 88 de la *Aktiengesetz* alemana también comprende la prohibición de los miembros del Consejo de administración de ejercer una actividad económica sin el consentimiento del Consejo de supervisión, o un negocio en el mismo sector, independientemente de que sea por cuenta propia o ajena<sup>153</sup>. Esta prohibición, con base en los deberes fiduciarios de los administradores, en suma, trata de evitar que el miembro del Consejo pueda explotar su posición en detrimento de las posibilidades de desarrollo de la empresa social a la que ha de servir<sup>154</sup>. El reconocimiento de esta prohibición legal, prevista para las sociedades anónimas (*Aktiengesellschaft*), tuvo igualmente extensión, desde la doctrina, a las sociedades de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*)<sup>155</sup>.

No obstante, también se planteó la posibilidad de introducir limitaciones o restricciones a esta prohibición por vía convencional. Un primer escollo en las sociedades anónimas resulta de los límites de las facultades del órgano de administración para dispensar, por vía contractual, esta posibilidad, ante las competencias que corresponden al órgano de vigilancia<sup>156</sup>. Un segundo planteamiento entre la doctrina, más allá del marco de la relación interna con el administrador, incluido el contrato con el consejero delegado, atañe a la posibilidad de los estatutos de ordenar el contorno del deber de no competencia<sup>157</sup>. Sin perjuicio de las facultades atribuidas al órgano de vigilancia en las sociedades sometidas a un sistema de cogestión, esta posibilidad, en parte discutida por tales atribuciones, es mayoritariamente objeto de aceptación en virtud de la libertad de pactos que autoriza el apartado quinto del artículo 23 de la *Aktiengesetz*<sup>158</sup>. Cuestión distinta será que

---

que el factor pueda actuar en el mercado por su cuenta particular o en interés ajeno. También los artículos 136 y 137 del Código aceptan, en los términos allí contenidos, que los socios de las sociedades colectivas puedan interesarse en nombre propio o ajeno en negociaciones del mismo género.

<sup>153</sup> Por el contrario, como señala FLEISCHER (2019, Mg. 175), en Alemania la doctrina de las oportunidades de negocio solo ha tenido acogida a través de su tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

<sup>154</sup> Por todos, LUTTER (*ACP*, 1980, p. 102 ss.) y, en el Derecho austriaco, sobre la prohibición en el artículo 79 de su *Aktiengesetz*, KALSS (2019, Mg. 1).

<sup>155</sup> Así, TIMM (*GmbHR*, 1981, pp. 177-186).

<sup>156</sup> En contra, VON DER OSTEN (*GmbHR*, 1989, p. 450 ss.) y SINA (*DStR*, 1991, p. 41).

<sup>157</sup> ARMBRÜSTER (*ZIP*, 1997, p. 2170) y ZIEMONS (2017, Mg. 240). También, entre la doctrina italiana, reconoce esta posibilidad, CALANDRA BUONAURO (1991, p. 217 ss.).

<sup>158</sup> Según FLEISCHER (2005, p. 345) y GRIGOLEIT (2020a, p. 10), el artículo 88 de la *Aktiengesetz* no es una regulación excluyente, que impida la incorporación de disposiciones adicionales en los estatutos sociales.

la previsión estatutaria pueda, a su vez y dentro de los límites de su configuración, ser objeto de concreción en el contrato que vincule al administrador con la sociedad<sup>159</sup>.

En las sociedades de responsabilidad limitada (*GmbH*) se advierte la singular relevancia que asume la previsión estatutaria acerca de la autorización para hacer competencia. Y ello frente a la mera dispensa por la Junta general, no obstante la posibilidad de comunicación de las particulares circunstancias del conflicto a la Junta<sup>160</sup>. En síntesis, la constancia en los estatutos refuerza la protección y el derecho de información de los socios, al tiempo que concede una mejor tutela, por mor de su publicidad, a los acreedores sociales<sup>161</sup>. En nuestro fuero interno se podría aducir que la misma publicidad tiene lugar a través de la memoria de las cuentas anuales (véase que el artículo 229.3 LSC hace referencia a la información del conflicto, pero no así de la dispensa). En cualquier caso, el acuerdo de la dispensa debiera merecer alguna manifestación externa, en atención a los distintos intereses implicados, como los de los socios externos y de los futuros y, en última instancia, de los acreedores sociales, como consecuencia de los beneficios que los administradores u otras personas a ellos vinculadas puedan obtener en detrimento de la sociedad<sup>162</sup>.

## 7.2 La exoneración de la prohibición de competencia como retribución al administrador y las distribuciones encubiertas

En el caso alemán y para las sociedades de responsabilidad limitada, la necesidad de constancia de la exclusión de la prohibición de competencia en los estatutos, como formalidad legal, ha venido

<sup>159</sup> Acepta esta doble vía, KORT (2015, Mg. 2).

<sup>160</sup> Con todo, PASSARGE (*NZG*, 2007, pp. 441-444) apunta las limitaciones de la regulación, de los estatutos o, incluso, de la dispensa de la Junta para abarcar todas y cada una de las situaciones de conflicto que puedan acaecer, por lo que mantiene los deberes de comunicación a la sociedad y de confidencialidad en sentido amplio, a fin de minimizar los riesgos de perjuicio a la sociedad.

<sup>161</sup> ZIEMONS (2017, Mg. 246).

<sup>162</sup> Como reconoce la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 8 de enero de 2018 (núm. 1013), «cabría decidir si el acuerdo referido debe o no expresar algo que –como alega el recurrente– ya expresa, con carácter imperativo, el propio artículo 230.3, es decir que no cabe esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa, y que a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante. Pero este Centro Directivo estima que es improcedente entrar en dicha cuestión, toda vez que, al no tratarse de un acuerdo inscribible (ni afectar a las circunstancias que deben constar en la hoja registral), no debe ser objeto de calificación (vid. artículos 94 y 175 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil)».

motivada como consecuencia de sus implicaciones fiscales, si bien guarda estrecha relación con la evitación de distribuciones irregulares<sup>163</sup>. La renuncia por la Junta general de la prohibición de no competencia para los administradores, a su vez designados por los socios, en definitiva, podría constituir una vía de escape para distraer aquellos beneficios que naturalmente podrían venir a la sociedad de no haberse autorizado la situación de competencia. Así pues, la seguridad jurídica, a fin de reconocer su licitud, vendría a exigir su constancia estatutaria, junto con la indicación de la correspondiente contraprestación, cuando no se trate de una forma de retribuir a los administradores<sup>164</sup>.

No obstante, la determinación de la contraprestación dependerá de las circunstancias concurrentes<sup>165</sup>. Incluso ciertas situaciones, como el ejercicio competitivo del administrador con anterioridad a su designación, dentro de su libertad de empresa, la falta de medios o de capacidad económica para que la sociedad pueda desarrollar esa actividad o si la actividad competitiva ofrece ventajas a la sociedad, pueden excluir la necesidad de contraprestación<sup>166</sup>. Esta última consideración, por otro lado, coincide con el caso español respecto de la condición de falta de daño para la sociedad o de la compensación del daño con los beneficios esperados para la lícita concesión de la dispensa (cfr., art. 230.3 LSC). Ahora bien, en el Derecho alemán, la exigencia de previsión en los estatutos sociales tiene su motivación en razones primigeniamente fiscales, de modo que la autorización de competencia no disminuya artificialmente los beneficios que debería declarar la sociedad de no existir tal situación.

### 7.3 La exclusión estatutaria: supuestos y «cláusula de apertura» que autorice el acuerdo de los órganos sociales

Llegados a este punto, el problema se traslada al ámbito de la concesión. De un lado, la autorización no puede ser tan amplia que

---

<sup>163</sup> Cfr., el artículo 62 de la *Aktiengesetz* y, en esta línea, el artículo 31 de la *GmbHGesetz*. WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 2057 ss.) hace referencia a una nota del Ministerio Federal de Hacienda (BdF) de 4 febrero de 1992, con motivo de varias sentencias anteriores de la Sala Fiscal del Tribunal Federal (*Senats des Bundesfinanzhofs –BFH–*), por la cual la mención de la exclusión de las áreas de negocio en los estatutos sociales era necesaria para evitar una distribución encubierta de beneficios; a esta se añade la notificación a la Cámara de Asesores Fiscales de Stuttgart (núm. 3/1992), de 15 de septiembre de 1992, de un catálogo de principios para la lícita redacción de los estatutos en tal sentido.

<sup>164</sup> WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152) y BUYER (*BB*, 1993, p. 2061).

<sup>165</sup> BUYER (*BB*, 1993, p. 2063), con referencia a la nota del Ministerio Federal de Hacienda (BdF) de 18 de agosto de 1992, pues no se pueden dar pautas generales sobre la cuantía de la remuneración adecuada para una exención de la prohibición de no competencia, ya que se ha de estar a las características especiales del caso.

<sup>166</sup> BUYER (*BB*, 1993, p. 2063).



permita cualquier actividad competitiva del administrador, sin mayor precisión<sup>167</sup>; de otro, la redacción de la cláusula estatutaria ha de concretar las actividades que le sean autorizadas, en particular, en atención a las circunstancias concurrentes<sup>168</sup>. A su vez, la cláusula estatutaria ha de ser interpretada restrictivamente, por la excepción que entraña a la regla general; si bien, al mismo tiempo, la prohibición de competencia, en sentido amplio, se ha de cohonestar con la libertad del sujeto a la iniciativa empresarial<sup>169</sup>. La regulación convencional, por lo tanto, queda sometida a un delicado equilibrio de intereses, igualmente cuando la mención estatutaria tenga por objeto ampliar los términos naturales de la prohibición<sup>170</sup>.

Otro aspecto relevante de la autorización es el que atañe a los términos de su concesión. En principio, dentro de la prohibición de autorizaciones genéricas, esta no se puede considerar otorgada por un tiempo indefinido, por lo que ha de decaer pasado un tiempo razonable<sup>171</sup>. Las circunstancias actuales de la sociedad pueden variar: *ad intra*, tanto por la distinta composición de sus socios, como de los miembros del órganos de gestión y sus ejecutivos; y *ad extra*, entre otros factores, por las condiciones del mercado y la dimensión y la localización de sus actividades. Por ende, conviene que la exoneración o la limitación de la prohibición de competencia no resulte petrificada por vía estatutaria.

Habida cuenta de lo anterior, algún sector doctrinal aboga por su limitación al plazo de cinco años en relación con el periodo máximo de mandatos de los miembros de los órganos de administración<sup>172</sup> o para la delegación de los aumentos del capital social al

<sup>167</sup> Acerca de la inadmisibilidad de la «Blanko-Einwilligung», FLEISCHER (2005, p. 344), VERSE (2010, p. 660), SIEG y ZEIDLER (2017, pp. 92), SPINDLER (2019, Mg. 28), OLTMANN (2020, Mg. 6), GRIGOLEIT (2020b, Mg. 7), WEBER (2022, Mg. 13) y DAUNER-LIEB (2021, Mg. 7); y anteriormente, SINA (*DSiR*, 1991, p. 41).

<sup>168</sup> WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152), BUYER (*BB*, 1993, p. 2062), SPINDLER (2019, Mg. 26) y KOCH (2022a, Mg. 5). Así, para WEBER (2022, Mg. 13), cuando las partes anticipen sus áreas de negocio, de modo que ninguna pueda inmiscuirse en la de la otra.

<sup>169</sup> FLEISCHER (2005, p. 345), KALSS (2019, Mg. 72) y SPINDLER (2019, Mgs. 26 y 28), de manera que solo cabe restringir la actividad del administrador respecto de aquellas situaciones en las que se dé un efectivo conflicto. A tal efecto, WEITNAUER y GROB (*GWR*, 2014, p. 189) y ZIEMONS (2017, Mg. 222) reclaman que las actividades del administrador en el plano privado queden claramente diferenciadas de su actividad de gestión y representación como administrador. Entre nosotros, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*AIEC*, 2017, p. 10).

<sup>170</sup> Acerca de la aplicación de un criterio de proporcionalidad, WIRBELAUER (*GmbHR*, 2022, pp. 130-137).

<sup>171</sup> BUYER (*BB*, 1993, p. 2062) y VETTER (*NZG*, 2014, p. 926). Para ZÖLLNER y NOACK (2017, Mg. 44), las cláusulas de no competencia previstas en los estatutos solo son eficaces si responden a intereses dignos de protección y su alcance es razonable. También, entre nosotros, PORTELLANO DÍEZ (2016, pp. 33-35). Sobre la necesidad de que el acuerdo especifique la concreta actividad competitiva autorizada, GALLEGO SÁNCHEZ (2016, p. 389) y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (*RdS*, 2019, p. 15), aun cuando pueda abarcar distintas actuaciones del administrador, por tratarse de un conflicto permanente.

<sup>172</sup> KORT (*ZIP*, 2008, p. 718).

órgano de administración<sup>173</sup>. En nuestro ámbito, sin embargo, ambos plazos difieren<sup>174</sup>. Quizá una visión del plazo de las prohibiciones de no competencia desde el Derecho del mercado permita mejor ubicar este plazo máximo en los cinco años (cfr. art. 5 del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022)<sup>175</sup>. Tampoco esta limitación temporal es ajena a otros ámbitos de nuestro derecho de sociedades, como la previsión del plazo de desembolso con cargo a aportaciones no dinerarias, la prohibición estatutaria de la transmisión voluntaria de las participaciones por actos inter vivos o del ejercicio del derecho de separación, o la previsión estatutaria del voto doble por lealtad (cfr., arts. 80,2, 108.4 y 527 sexies LSC). A ello se pueden unir otras consideraciones en torno a las actividades concretas autorizadas, como la delimitación territorial de la autorización o la forma de hacer competencia, verbigracia mediante la aceptación de otros mandatos, actuales o futuros, o mediante la participación en otras entidades presentes en el mercado<sup>176</sup>.

En el Derecho alemán, la distinta conformación orgánica de la sociedad anónima (*Aktiengesellschaft*) y de la sociedad de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) hace que el juego de la autorización estatutaria se desarrolle en atención a la distribución competencial. En las sociedades anónimas, la atribución legal corresponde al órgano de vigilancia, lo cual lleva a que los estatutos sociales tan solo puedan fijar las pautas generales para la concesión de la autorización<sup>177</sup>. A tal efecto, pueden especificar los negocios que sean considerados dentro de la actividad ordinaria de la empresa, y que, por lo tanto, queden excluidos<sup>178</sup>. Con todo, se mantiene la facultad del órgano de vigilancia de desviarse de los criterios fijados por los estatutos cuando existan motivos objetivos para ello<sup>179</sup>. En consecuencia, la previsión estatuta-

<sup>173</sup> VETTER (NZG, 2014, p. 926).

<sup>174</sup> El cargo de administrador en la sociedad anónima no cotizada tiene una duración máxima de cinco años y, en la cotizada, de seis (arts. 221.2 y 529 undecies.1 LSC), mientras que el plazo para el «capital autorizado» coincide con el de cinco años (art. 297.1.b LSC).

<sup>175</sup> 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. En general, IVENS (1986, *passim*).

<sup>176</sup> Al respecto, BUYER (BB, 1993, p. 2062) y SEDLMAIER y RÜPPELL (BB, 2017, p. 1926).

<sup>177</sup> En el Derecho alemán, el § 88.2 de la *Aktiengesetz* establece que el consentimiento del consejo de supervisión solamente puede otorgarse para actividades comerciales específicas o para sociedades comerciales o para tipos específicos de sociedades. Al respecto, WEBER (2022, Mg. 13), KALSS (2019, Mg. 13) y PASSARGE (NZG, 2007, p. 443). Entre nosotros, se hace eco de ello, con cita en MERTENS (1989, Mg. 8), RIBAS FERRER (2004, p. 155).

<sup>178</sup> Así, FLEISCHER (2005, p. 346) y WEBER (2022, Mg. 13).

<sup>179</sup> Por todos, MERTENS y CAHN (2010, Mg. 8). Entre nosotros, EMBID IRUJO (2009, p. 694), defiende, *de lege ferenda*, que la autorización para poder competir con la sociedad

ria, que haya sido determinada por la Junta general, no puede vaciar de contenido la competencia del órgano de vigilancia para conceder la dispensa en supuestos concretos<sup>180</sup>.

Por el contrario, en su ausencia, los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada pueden establecer cláusulas específicas de autorización para hacer competencia, o bien cláusulas generales, conocidas como «cláusulas de apertura»<sup>181</sup>. Estas, a su vez, permiten que la Junta general, ya no con la mayoría necesaria para la modificación de los estatutos sociales, sino con la mayoría ordinaria para la adopción de los acuerdos, pueda autorizar una determinada actuación competitiva (cfr., art. 230.3 LSC, que exige que la dispensa sea concedida mediante acuerdo expreso y separado de la Junta general)<sup>182</sup>.

Las cláusulas específicas de autorización pueden tomar en consideración las situaciones de conflictos existentes al tiempo de la constitución de la sociedad o, posteriormente, las condiciones para la entrada de un nuevo socio o la designación de un nuevo administrador. De esta manera, pueden reconocer que el administrador ya participe en otras entidades o que intervenga la gestión o en la representación de otras entidades, por lo que su continuación no suponga una vulneración de su deber de lealtad para con la sociedad. Piénsese, en particular, en las sociedades profesionales o en otras entidades donde el administrador preste sus servicios<sup>183</sup>.

#### 7.4 La concesión presunta de la autorización

Otra cuestión sensible, junto a la de la revocabilidad de la autorización<sup>184</sup>, es la relativa al consentimiento tácito y presunto para que

deba estar motivada, como manera de «atenuar la excesiva discrecionalidad de que disfruta la Junta general».

<sup>180</sup> Como ampliamente reconoce la doctrina; entre otros, KORT (2015, Mg. 30), WEBER (2022, Mg. 13), KALSS (2019, Mg. 13) y HOLTKAMP (2016, p. 189).

<sup>181</sup> Ambas formulaciones son apuntadas inicialmente por WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152).

<sup>182</sup> Al respecto, PÖSCHKE (2022, Mg. 168). Sobre su preferencia a las menciones estatutarias, pues conceden a la sociedad la suficiente flexibilidad, ante eventuales situaciones que no sean previsibles, WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152). Por otra parte, para ZIE-MONS (2017, p. 524) resulta inadmisibles una dispensa de la Junta que primero no tenga en cuenta la aceptación previa de esta posibilidad en los estatutos sociales.

<sup>183</sup> WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 145) exige tener en cuenta las diferentes situaciones de riesgo para los intereses de la sociedad que se deriven de los hechos individuales de la prohibición. Así, el consentimiento puede ser irrevocable, fundamentalmente cuando se incluya en el contrato de trabajo y ya se hubiera iniciado la actividad, y también, en caso de duda, cuando se trate de una autorización específica para llevar a cabo un negocio o para pertenecer a otros órganos de administración; o bien revocable, preferentemente en los casos de autorizaciones genéricas para hacer competencia.

<sup>184</sup> Para FLEISCHER (2005, p. 344).

el administrador pueda competir con la sociedad<sup>185</sup>. En principio, la necesidad de previsión estatutaria y, en su caso, de acuerdo a este objeto excluye tal opción<sup>186</sup>. Sin embargo, la doctrina alemana plantea la concesión presunta cuando el administrador ya viniera ejerciendo la actividad con anterioridad y esta situación fuera conocida por la sociedad, verbigracia por su notoriedad<sup>187</sup>.

Trasladada esta problemática a nuestro Derecho, junto a la prohibición contenida en el apartado primero del artículo 230 de la Ley de sociedades de capital para que los estatutos sociales puedan limitar o eliminar las reglas que rigen el deber de lealtad, su apartado tercero exige que la dispensa sea adoptada mediante acuerdo expreso y separado de la Junta general. No obstante, algunas manifestaciones en nuestro Ordenamiento jurídico confieren cierto margen al consentimiento tácito. Como botón de muestra, en las relaciones laborales de carácter especial del personal de alta dirección, el artículo 8 del Real Decreto 1382/1985 presume la autorización para dedicarse a otras actividades cuando, primero, la vinculación con otra entidad sea pública y, segundo, el contrato especial de trabajo no excluya la posibilidad de celebrar contratos de trabajo con otras empresas<sup>188</sup>.

## 7.5 Extensión subjetiva a las personas vinculadas y a los socios

Otro aspecto relevante de las ventajas que puede reportar la incorporación de la exención o la limitación de la competencia a través de la oportuna previsión estatutaria tiene que ver su extensión a los socios, o algunos de ellos, en cuanto puedan ser considerados, desde la perspectiva del deber de lealtad, personas vinculadas al administrador<sup>189</sup>. En particular, así se reconoce en nuestra Ley de sociedades de capital tras la redacción de la letra e del

<sup>185</sup> Sin embargo, a favor, en los casos informales de consentimiento unánime de los socios fuera de la Junta general, ALTMEPPEN (2021, Mg. 31), y en los supuestos de instrucciones por la Junta, ZÖLLNER y NOACK (2017, p. 1007-8, Mg. 33).

<sup>186</sup> Acerca de la imposibilidad de entender concedida la dispensa de manera tácita por la Junta, esto es, con base en el conocimiento de esta situación por los socios, sin necesidad de acuerdo expreso, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 (núm. 33, F. D. 2.º, Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil), de 26 de diciembre de 2012 (núm. 781, F. D. 8.º, Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo) y de 17 de noviembre de 2020 (núm. 613, F. D. 6.º, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena). Entre nuestra doctrina, EMBID IRUJO (2009, p. 804), EMPARANZA SOBEJANO (*RDBB*, 2017, p. 69, y antes en *RDM*, 2011, p. 41) y BOLDÓ RODA y MARTÍ MOYA (*RdS*, 2013, p. 465).

<sup>187</sup> En tal sentido, FLEISCHER (2005, p. 345) y WEITNAUER y GROB (*GWR*, 2014, p. 187). En todo caso, considera ZIEMONS (2017, p. 248) que, para que la concesión presunta sea válida, previamente es necesario que los estatutos acojan una «cláusula de apertura».

<sup>188</sup> Acerca del elemento de la subordinación, DE VAL TENA, Á., *El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 111.

<sup>189</sup> Sobre la conveniencia de su incorporación a través de una cláusula específica en los estatutos sociales, WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152).

apartado primero del artículo 231 y la incorporación de los socios representados por el administrador en el órgano al elenco de las personas vinculadas.

La extensión de la exoneración de competencia al socio, sin embargo, no tiene su enfoque desde el deber de lealtad<sup>190</sup>, que solo es exigible al administrador, sino que parte de un deber de fidelidad para con sus consocios. Si bien, en origen, su razón de ser tenía como presupuesto el control de la sociedad<sup>191</sup>, el deber de fidelidad, al menos entre la jurisprudencia y la doctrina germanas, se ha ampliado hasta su reconocimiento respecto de cualquier socio que pueda tener una influencia significativa en el funcionamiento de la entidad<sup>192</sup>. Esta visión es igualmente reconocible en nuestro fuero interno, si bien con una perspectiva diversa, cuando el artículo 231 de la Ley de sociedades de capital, en la letra d de su apartado primero, considera parte vinculada a la sociedad o entidad en la que el administrador participe, cuando le otorgue una influencia significativa<sup>193</sup>. Quedaría fuera de esta órbita, sin embargo, el socio único, pues en tal caso y más allá de los actos que perjudiquen a los acreedores, en relación con la integridad del capital social, no existirá tal deber de fidelidad para con otros socios de la entidad<sup>194</sup>. Con todo, el reconocimiento de tales riesgos entraña igualmente, como en las situaciones de unipersonalidad societaria, la necesidad de dar la oportuna publicidad a esta situación<sup>195</sup>.

Como en el marco de la doctrina de las oportunidades de negocio en el Derecho estadounidense, se vuelve a plantear la conveniencia de considerar, por vía estatutaria, la exoneración o la limitación de la prohibición de competencia de aquellos inversores que asuman la condición de socios minoritarios<sup>196</sup>. Estos pueden gozar de derechos

<sup>190</sup> Como también reconocen WEITNAUER y GROB (*GWR*, 2014, p. 186).

<sup>191</sup> Respecto de la referencia al «socio de control» (*beherrschenden Gesellschafters*) y la consideración del accionista mayoritario como persona vinculada al administrador, en relación con la exclusión del deber de no competencia como una distribución encubierta, SINA (*DSiR*, 1991, p. 44), BUYER (*BB*, 1993, p. 2062) y, más recientemente, SEDLMAIER y RÜPPELL (*BB*, 2017, p. 1925).

<sup>192</sup> En tal sentido, WEITNAUER y GROB (*GWR*, 2014, p. 189).

<sup>193</sup> También, con base en los artículos 31 y 826 del Código civil alemán –BGB–, SEDLMAIER y RÜPPELL (*BB*, 2017, p. 1928). Para PÖSCHKE (2022, Mg. 162), además, se ha de tener en cuenta que la gestión de una empresa competidora ha de tener efecto, desde un punto de vista económico, en la decisión comercial o de negocio de la sociedad administrada. MATEU DE ROS CEREZO (2017, p. 67) advierte que la determinación de esta «influencia significativa» como una cuestión de hecho no debiera permitir que los estatutos sociales puedan establecer porcentajes de la participación de los administradores en otra sociedad que excluya, por este solo motivo, una situación de conflicto, cuya validez, por otro lado, resultaría, cuanto menos, dudosa.

<sup>194</sup> BUYER (*BB*, 1993, p. 2065) y PÖSCHKE (2022, Mg. 157), salvo que los derechos de los acreedores estén en peligro en el largo plazo.

<sup>195</sup> Así, ZIEMONS (2017, Mg. 248).

<sup>196</sup> También, como señala WEITNAUER (2011, p. 183 ss.), el acuerdo puede adoptar la forma de prestación accesoria en los estatutos o constar en un pacto de socios. No obstante,

de veto para ciertas decisiones estructurales o medidas de gestión extraordinarias y pueden, por lo tanto, influir significativamente en la gestión o en las políticas y estrategias generales de la sociedad (cfr., art. 249 bis. b. LSC)<sup>197</sup>. En tal caso, aun cuando el deber de lealtad y su infracción incumbe a los administradores, la consideración de los socios como partes vinculadas puede reclamar una mención estatutaria expresa para la extensión de la exoneración o la limitación de la prohibición de no competencia a su favor. Todo ello a fin de no imponer restricciones a sus inversiones en otras sociedades o entidades, en atención a que el devenir de sus actividades en el mercado puede dar lugar a futuras situaciones de competencia<sup>198</sup>.

## 7.6 La relación contractual de los delegados

En un plano distinto se ubica la situación en la que se encuentra el administrador que tenga atribuidas funciones ejecutivas y la posibilidad de articular la dispensa de la prohibición de competencia a través de su contrato con la sociedad. En nuestro fuero interno, el contrato de delegación de facultades del consejo de administración del artículo 249 de la Ley de sociedades de capital ha de detallar todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas. Aquí, la dispensa o cualquier limitación de la prohibición de competencia que incumben al administrador podrían ser tratadas como una forma de retribución. Si así fuera, el debate se habría de trasladar a su necesaria constancia, igualmente, en los estatutos sociales, ya que a estos corresponde la determinación del sistema de retribución autorizado a los administradores; mientras que la Junta, en su conjunto, se habrá de pronunciar acerca de la determinación de su cuantía y, por lo tanto, sobre su valoración<sup>199</sup>.

---

no se trata de una prestación del socio frente a la sociedad, sino, al contrario, de una exoneración de una eventual situación que podría entrañar una infracción del deber de lealtad del administrador designado por el socio; en esta línea, SEDLMAIER y RÜPPELL (*BB*, 2017, p. 1925). De otro lado, frente a la relatividad de los pactos parasociales, la inclusión en los estatutos, que obliga tanto a los socios actuales como a los futuros, además goza de la publicidad que confiere su inscripción y la vinculación de la sociedad con el acuerdo adoptado. Sobre las limitaciones de los pactos parasociales en esta esfera, en particular respecto de los administradores, y las consideraciones en torno a los pactos omnilaterales, que, no obstante, tan solo vinculan a sus signatarios, OTEGUI JÁUREGUI (2018, pp. 217-210).

<sup>197</sup> WEITNAUER (2011, p. 136 ss.).

<sup>198</sup> Para WEITNAUER y GROB (*GWR*, 2014, p. 186), procede la exclusión cuando se trate de un socio que designe un administrador no ejecutivo, por cuanto este carece de influencia en los asuntos de gestión externa de la sociedad y, por lo tanto, no existirá tal conflicto de intereses.

<sup>199</sup> WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152) considera que, si bien la exoneración puede constar en el contrato de trabajo, ello no sería suficiente para la protección que merecen los nuevos accionistas de la entidad. Igualmente a favor, BUYER (*BB*, 1993, p. 2061).

En tales términos, en la línea de lo previsto para la remuneración de los administradores, la exención o la limitación de la prohibición de competencia también habría de constar en los estatutos sociales; bien de modo específico en cuanto a sus aspectos materiales, temporales y geográficos, bien mediante su traslado, como «cláusula de apertura», sometida a la dispensa de la Junta general, en los términos que contempla nuestro artículo 230 de la Ley de sociedades de capital, en su apartado tercero<sup>200</sup>. Ello no debiera ser óbice, sin embargo, para que pueda constar en el contrato del consejero ejecutivo, que, en sus contornos, se habría de ajustar a lo previsto en los estatutos sociales<sup>201</sup>, y, en su caso, al importe global de retribución autorizada por la Junta general. En último término, incluso, se habría de valorar si la compensación por el daño que esta situación pueda causar a la sociedad podría consistir en el reconocimiento de esta forma retributiva atípica<sup>202</sup>.

## 7.7 La modificación estatutaria para la renuncia de la sociedad o la limitación de la prohibición de competencia

### 7.7.1 REGLAS DE INFORMACIÓN A LOS SOCIOS

El principal problema que presenta la exoneración o la limitación de la prohibición de competencia en favor de los administradores guarda relación, en primer lugar, con la necesidad de proteger a los socios minoritarios a los que no alcance la situación de

<sup>200</sup> Advierte FLEISCHER (2005, p. 337) que el contrato entre la sociedad y el administrador tampoco puede contener una exclusión en blanco de la prohibición de no competencia. Entre nosotros, con una postura contraria a una antigua resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de noviembre de 1965, que declaró la validez de una cláusula que incluía la autorización, con carácter general, al administrador para hacer competencia a la sociedad en la escritura fundacional de una sociedad limitada, ESTEBAN VELASCO (1997, p. 743).

<sup>201</sup> Señala WEBER (2022, Mg. 23), que la cláusula estatutaria puede ser complementada, fortalecida o especificada, según el caso, por las disposiciones del contrato de administración. En esta línea, KORT (ZIP, 2008, p. 718).

<sup>202</sup> Al respecto puede verse, igualmente, la nota 28 de las Conclusiones del abogado general, D. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 7 de mayo de 2015 en el asunto C-47/14, y resuelto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2015: «al aceptar la función de administrador, el interesado acepta la función tal como se describe en el Derecho común de sociedades y en las reglas específicas de la sociedad de que se trate, entre las que figuran sus estatutos. Si el administrador celebra, además, un contrato con la sociedad –denominado a veces “contrato de administración” y, en el presente asunto, “contrato de trabajo”– se añaden otros acuerdos, por ejemplo, por lo que respecta a la remuneración durante el ejercicio de la función y a las indemnizaciones debidas cuando termine la función». En el caso de la *Aktiengesellschaft*, la presencia del *Aufsichtsrat*, como órgano de vigilancia, separado de la Junta general, hace que este órgano pueda, directamente, incluir esta exoneración en el contrato del administrador, si bien los estatutos sociales todavía pueden establecer las pautas para su concesión. Al respecto, KORT (2015, Mg. 2) y SPINDLER (2019, Mg. 28).

conflicto. Junto a ello, en segundo lugar, se ha de tener presente la tutela que merecen aquellos nuevos socios que puedan ser desconocedores de esta situación<sup>203</sup>. En el marco de los conflictos de intereses, nuestro sistema impone a los administradores un deber de comunicar a los demás administradores, en este caso para su traslado a la Junta general, la eventual situación de competencia efectiva<sup>204</sup>. Las situaciones de conflicto, además, habrán de constar en la memoria, como documento de las cuentas anuales que la Junta ha de aprobar<sup>205</sup>.

Ahora bien, nos hemos de situar en la órbita de la publicidad de la dispensa, en relación con la información a facilitar a la Junta general. La incorporación de la exoneración o la limitación al catálogo de actos que requieren la modificación de los estatutos sociales aportaría al conjunto la base documental e informativa exigida para toda modificación estatutaria. Esto conlleva un refuerzo para la posición jurídica de los socios respecto de cualquier otro acuerdo social, tanto por el contenido de la propuesta, como formalmente en la convocatoria de la Junta (cfr. arts. 286 y 287 LSC). Y todo ello en atención a la relevancia del asunto, merced a que puede incidir en el cumplimiento de los deberes fiduciarios del administrador y, por lo tanto, en la determinación de su responsabilidad legal<sup>206</sup>.

### 7.7.2 RÉGIMEN DE LAS MAYORÍAS Y DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Como es bien sabido, la introducción en los estatutos sociales de una cláusula que exonere al administrador u ordene sus posibilidades de hacer competencia a la sociedad *ab initio* requerirá el consentimiento de todos los socios. Igualmente, se puede considerar aquella cláusula estatutaria que haga extensiva la exclusión o la limitación de la prohibición a uno o varios socios. Por consiguiente, la publicidad de los estatutos, junto con la unanimidad del acuerdo, excluyen la vulneración de derechos individuales de los socios y sirven de advertencia a los posteriores y a los acreedores a la hora de valorar su inversión o la concesión de financiación a la sociedad.

La cuestión, en caso de modificación estatutaria, resulta desplazada a la mayoría necesaria y al cómputo de los votos en los acuerdos

<sup>203</sup> En este sentido, SINA (*DSiR*, 1991, p. 42).

<sup>204</sup> Acerca de la conveniencia de la fijación de un plazo de dispensa, OTEGUI JÁUREGUI (2018, pp. 235 y 241).

<sup>205</sup> JUSTE MENCÍA (2015, pp. 419-421). Sobre la necesidad de que los administradores, dentro de su deber de diligencia, presenten toda la información que razonablemente puedan obtener sobre las circunstancias que circunden la situación que dé lugar al conflicto, OTEGUI JÁUREGUI (2018, p. 242).

<sup>206</sup> En esta línea, SPINDLER (*AG*, 2013, p. 896) y VETTER (*NZG*, 2014, p. 923).



de la Junta general que tenga por objeto la posterior introducción de una cláusula de exclusión o de exoneración de la prohibición de no competencia. La exigencia de unanimidad podría resultar excesivamente gravosa a la hora de admitir nuevos inversores que requieran esta dispensa y de decidir acerca de su participación en la entidad, verbigracia, mediante la suscripción de las nuevas acciones. Las mayorías ordinarias, sin embargo, parece que no ofrecen la suficiente protección a los socios minoritarios afectados. A este efecto, la doctrina alemana distingue entre los «acuerdos de apertura», que habrán de ser adoptados por la mayoría reforzada requerida para cualquier modificación estatutaria, y las mayorías ordinarias para los acuerdos de dispensa<sup>207</sup>. En todo caso, el administrador afectado, como, por extensión, el socio al que alcance la cláusula, ha de abstenerse en la votación de la Junta general que haya de decidir al respecto<sup>208</sup>.

En el Derecho español, la dispensa de la prohibición de competencia tiene un régimen distinto según se trate de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima. Para la primera, el artículo 199 de la Ley de sociedades de capital, en su letra b, establece una mayoría legal reforzada que sitúa en los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Por consiguiente, el umbral queda establecido, junto con la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital, las modificaciones estructurales y la exclusión de socios, entre los supuestos de mayor relevancia para el funcionamiento de esta forma societaria. Aun así, no requiere la unanimidad, como en otros supuestos excepcionales, tales como la prohibición de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos o la introducción estatutaria de nuevas causas de separación del socio (cfr., arts. 108.3 y 347.2 LSC)<sup>209</sup>.

Por el contrario, para las sociedades anónimas, el artículo 201 de la Ley no hace mención específica de este supuesto, que tampoco tiene cabida entre los contemplados en el artículo 194 de la Ley, que exigen el reforzamiento del quórum constitutivo. En consecuencia, en principio, la autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, puede ser acorda-

<sup>207</sup> En torno a esta dualidad en el régimen mayoritario de adopción de acuerdos, SINA (*DStR*, 1991, p. 42), WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152), BUYER (*BB*, 1993, p. 2061) y ZIEMONS (2017, Mg. 247).

<sup>208</sup> Sobre este deber de abstención del afectado, SINA (*DStR*, 1991, p. 42) y WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152), y, más recientemente, VERSE (2010, p. 660) y ALTMEPEN (2021, Mg. 31).

<sup>209</sup> La regulación no opta, pues, por el consentimiento del resto de socios, lo cual podría equiparar la solución a la prevista para las sociedades colectivas, sino que mantiene el régimen de mayorías. En términos similares, GALLEGO SÁNCHEZ (2016, p. 385).

da con la mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados en la Junta<sup>210</sup>. Se evidencia con ello un diferente tratamiento normativo para la concesión de una dispensa de la prohibición de competencia<sup>211</sup>. Una visión integradora, a través de la exigencia de su constancia en los estatutos y la mayoría necesaria para su modificación, aun cuando en las sociedades limitadas pueda exigirse una mayoría legal más reforzada, vendría a reconocer la relevancia del acuerdo, también desde el punto de vista de las formalidades para su adopción, en las sociedades anónimas.

Por otro lado, el apartado primero del artículo 190 de la Ley de sociedades de capital, en su letra d, impide que el socio pueda ejercer el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones en la adopción de un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones que, como administrador, resulten de su deber de lealtad. De esta manera, cuando el administrador sujeto de la dispensa sea a la par socio, su deber de abstención obliga a replantear las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, pues su participación habrá de ser descontada del capital social para el cómputo de la mayoría necesaria. La prohibición de voto del socio en conflicto por este motivo supone, por lo tanto, una nueva medida tendente a otorgar al resto de socios un mecanismo de protección frente a eventuales abusos de la mayoría<sup>212</sup>. Tampoco cabe soslayar que, como consecuencia de la entrada de un nuevo inversor en la sociedad, con designación de un representante en el órgano de administración, será la mayoría la que deba pronunciarse al respecto. En tal caso, lo más frecuente será que el acuerdo previo del inversor con la sociedad incorpore un pacto por el que la inversión quede condicionada a la aprobación de la autorización por la Junta general.

### 7.7.3 EL INTERÉS SOCIAL COMO CRITERIO RECTOR Y LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

Todavía se podría advertir el riesgo de un perjuicio indebido a la minoría a través de esta dispensa, en particular habida cuenta de que la prohibición de voto en las Juntas generales no afecta a las personas vinculadas al administrador<sup>213</sup>. En correspondencia, la dispensa requiere

<sup>210</sup> Críticamente, JUSTE MENCÍA (2015, p. 422) y PORTELLANO DÍEZ (2016, pp. 72-3).

<sup>211</sup> En torno al debate entre la unanimidad y las mayorías necesarias, también entre la ordinaria y la requerida para la modificación de estatutos, en la doctrina alemana, WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 152), ZIEMONS (2017, Mg. 243) y ALTMERPEN (2021, Mg. 31).

<sup>212</sup> En términos similares, GALLEGO SÁNCHEZ (2016, p. 385).

<sup>213</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017 (núm. 68, Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres), relativa a la dispensa de la prohibición de competencia a

una justificación legal objetiva, ante los eventuales daños que pueda causar a la sociedad. Aquí se podría volver a tratar, junto con la eventual aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias, la cuestión de la contraprestación que el afectado pueda ofrecer a la sociedad como mecanismo para evitar el daño y los criterios y formalidades seguidos para su valoración<sup>214</sup>. En este orden de cosas, una previsión estatutaria podría servir para conciliar los distintos intereses concernidos<sup>215</sup>.

A pesar de todas las prevenciones anteriores acerca de la exigencia de mayorías reforzadas para la incorporación de la respectiva cláusula en los estatutos sociales y en torno al régimen de los conflictos de intereses, así como respecto de la justificación objetiva de la propuesta y los remedios para evitar cualquier daño, todavía cabe que la adopción del acuerdo pueda causar algún daño a la sociedad o a los intereses legítimos de una minoría de socios<sup>216</sup>. En consecuencia, ha de quedar expedita la vía de la impugnación del acuerdo, según las reglas que legitiman su ejercicio<sup>217</sup>. Conviene advertir que el cumplimiento del sistema

---

un socio administrador, trató un supuesto en el que fue decisivo el voto de una socia-sociedad unipersonal cuyo capital pertenecía íntegramente a otra sociedad de la que, a su vez, el administrador afectado poseía el 50,68% de su capital, mientras que el resto pertenecía su esposa e hijos. En torno a un eventual conflicto, afirma que «el art. 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto, al igual que hacía el art. 52 LSRL, al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas. Es decir, las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 TRLSC, pero no por la privación de voto, que tanto el art. 190 TRLSC como el art. 52 LSRL, circunscriben exclusivamente al socio o socios afectados... Para que existiera conflicto de intereses, la dispensa del deber de no competencia (art. 65 LSRL) debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos, no cabe apreciarlo, y por tanto no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio». Respecto de la prohibición de voto, sin embargo, cuando el administrador afectado mantenga el control de una sociedad de la que sea a su vez socio, EMBID IRUJO (2009, p. 803), o cuando actúe a través de persona interpuesta, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (*RdS*, 2019, p. 25). También la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2012 (núm. 781, Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo) apunta que el deber de abstención es aplicable «cuando en la votación que acuerda la dispensa al administrador de la prohibición de competencia, interviene el propio administrador afectado, ya sea porque es el socio que ejercita directamente el voto, ya sea porque actúa como representante del socio. Lo relevante es que no puede intervenir en una votación sobre un asunto (su dispensa como administrador de la prohibición de competencia), quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social». Entre la doctrina alemana, para SINA (*DSiR*, 1991, p. 42), por razones de seguridad jurídica, tampoco han de quedar excluidos de su derecho de voto los socios que, a su vez, sean personas próximas al administrador.

<sup>214</sup> Sobre la posibilidad de pactar una compensación que cubra las posibles desventajas patrimoniales que esta autorización pueda suponer para la sociedad, TIMM (*GmbHR*, 1981, p. 184), SINA (*DSiR*, 1991, p. 42) y, más recientemente, ZIEMONS (2017, Mg. 244).

<sup>215</sup> Para ZÖLLNER y NOACK (2017, Mg. 45), tanto la cláusula estatutaria que amplíe la prohibición de no competencia, como la que la restrinja, ha de estar suficientemente detallada y justificada en su presentación a la Junta general para que no incurra en causa de invalidez.

<sup>216</sup> Igualmente, VETTER (*NZG*, 2014, p. 924).

<sup>217</sup> Para la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2021 (núm. 310, Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo), un conflicto de intereses por la fijación de una retribución y su aprobación por la Junta general, sin que la socia-administradora afectada quede sometida a un deber de abstención, sitúa el supuesto en la órbita de los acuerdos impuestos de manera abusiva por la mayoría.

preventivo de los conflictos de intereses tampoco impide que, desde un punto de vista sustantivo, los acuerdos de dispensa formalmente adoptados no puedan ser objeto de impugnación<sup>218</sup>. En este punto, entre las causas de impugnación se encuentran aquellas que, en virtud del apartado primero del artículo 204 de la ley, lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros o que entrañen un abuso de la mayoría de manera que, sin reportar ventaja alguna a la sociedad, supongan un detrimento injustificado para el resto de socios<sup>219</sup>.

#### IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

A través del repaso a las posibilidades de configuración del deber de lealtad de los administradores sociales se ha tratado de superar las reticencias con las que el legislador patrio impide que los estatutos sociales puedan, de cualquier manera, limitar o excluir la aplicación de su régimen legal, lo que conduce, indefectiblemente, a la necesidad de procurar la dispensa *ad hoc* de la concreta situación de conflicto de intereses que se pueda presentar. Resulta palmario, por otra parte, que los socios pueden contemplar como situaciones que dan lugar a un conflicto de intereses otras distintas de las previstas legalmente. Desde este punto de vista, también el perímetro de vinculación ha de poder ser ampliado por los estatutos sociales. Con todo, las conductas legales que dan lugar al conflicto son expresadas en términos genéricos, por lo que los estatutos también pueden, en cierta medida, concretar aquellas que, en cada caso y dentro de los márgenes legales, pueden ser apreciadas como causas de un eventual conflicto.

---

<sup>218</sup> Así, TIMM (*GmbHR*, 1981, p. 182 ss.). Sobre la necesidad de «razones objetivas del interés de la sociedad» (*sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft*) y como una obligación sustantiva, WEITNAUER (*MittBayNot*, 1991, p. 153) y ZIEMONS (2017, Mg. 247). Entre nosotros, PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2016, pp. 445-6). En nuestro fuero interno, al respecto se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 2018 (núm. 1585) en un caso singular en el que «resulta que el aumento de capital formalizado tiene como finalidad permitir que los socios que deseen tener mayor participación en el capital social se comprometan –mediante la prestación accesoria que llevan consigo las participaciones creadas– a no competir con la sociedad. Y, habiéndose reconocido a los socios la posibilidad de ejercicio del derecho de asunción preferente, no puede concluirse que este quede vulnerado por el hecho de que alguno de los socios no quiera o no pueda cumplir con esa prohibición de competencia. Por lo demás, los socios que consideren que esta concreta modalidad de aumento del capital pudiera no estar justificada en el interés de la sociedad tienen la posibilidad de cuestionar la validez del acuerdo mediante la correspondiente acción de impugnación del acuerdo, cuyo conocimiento corresponde a los tribunales».

<sup>219</sup> Igualmente, ZIEMONS (2017, Mg. 244). Más ampliamente, STRELAU (1999, p. 136 ss.). Para SINA (*DStR*, 1991, p. 42), singularmente cuando el sesgo de la persona vinculada al administrador que vote a favor del acuerdo evidencie que su intervención da lugar a un perjuicio a la sociedad y, por extensión, al resto de socios.

En este orden de cosas, el conflicto de intereses tan solo puede darse en aquellas situaciones en las que el interés preferido, ajeno al social, y en preterición de éste, sea sustancial, en consideración a la posición del administrador en la sociedad y en relación con su interés particular o el de otras personas a él vinculadas. Asimismo, el reconocimiento de la conducta en conflicto de intereses como una forma retributiva en favor del administrador desplaza el régimen tuitivo de la lealtad a las reglas que rigen el régimen de retribución de los administradores sociales. En este ámbito, la función informativa de los estatutos acerca de los sistemas retributivos autorizados también resulta esencial, a mayor abundamiento cuando pueda ser tratada como una retribución atípica.

Por último, respecto de las conductas relativas al mercado, como la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades de negocio y las prohibiciones de no competencia, en las últimas décadas las regulaciones más desarrolladas en uno y en otro caso, como las estadounidenses y la alemana, han variado su enfoque. Ambas admiten, movidas por diferentes motivaciones, la renuncia por la sociedad a la posible exigencia de estos deberes, preferentemente a través de la correspondiente previsión estatutaria. Se advierte así que, frente a su configuración *ad intra* como deberes tradicionalmente fiduciarios, las exigencias del mercado de capitales y la integración de nuevos inversores y administradores en sus estructuras orgánicas requieren, sin embargo, en determinados supuestos, su renuncia por la sociedad. Aun así, esta opción legislativa merecería ser objeto de ciertas prevenciones en orden a su correcta delimitación, dentro, al menos, del marco material, subjetivo y temporal de la dispensa *ex ante*, a través de la correspondiente mención en los estatutos sociales, como cláusula potestativa, en su adopción, pero formalmente obligatoria respecto de su constancia, como mejor medio de tutela de los distintos intereses implicados.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228», *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital. Adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital* (coord. L. Hernando Cebriá), 2015, Editorial Bosch, 2015, pp. 187-239.
- ALLEN, William T.; KRAAKMAN, Reinier, y SUBRAMANIAN, Guhan S.: *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*, 3.<sup>a</sup> ed., Aspen, 2009.
- ALTMEPPE, Holger: «GmbHG § 43 Haftung der Geschäftsführer», *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: Kommentar* (dir. Altmeppe, H.), 10.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, 2021.
- ARMBRÜSTER, Christian: «Wettbewerbsverbote im Kapitalgesellschaftsrecht», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1997, pp. 1269-1279.

- BOLDÓ RODA, Carmen: «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital. Adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital* (coord. L. Hernando Cebriá), 2015, Editorial Bosch, 2015, pp. 241-280.
- BOLDÓ RODA, Carmen, y MARTÍ MOYA, Vanessa: «El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisitado a la luz de la reciente jurisprudencia», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 41, 2013, pp. 455-472.
- BRUDNEY, Victor, y CLARK, Robert Charles: «A New Look at Corporate Opportunities», *Harvard Law Review*, núm. 94, 1981, pp. 997-1062.
- BRUNER, Christopher M.: «Opting out of fiduciary duties and liabilities in US and UK business entities», *Research Handbook on Fiduciary Law*, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 285-305.
- BUCCELLATO, Francesco: «Subentro nell'impresa e divieto di concorrenza», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. 109, núm. 4, 2011, pp. 781-847.
- BUYER, Christoph: «Die verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den Gesellschafter-Geschäftsführer oder den Nur-Gesellschafter einer GmbH», *Der Betriebs-Berater*, vol. 29, 1993, pp. 2057-2067.
- CALANDRA BUONAURO, Vincenzo: «Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori», *Trattato delle società per azioni* (dirs. Colombo, G. E. y Portale G. B.), vol. 4: Amministratori, Direttore generale, 1991.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «El caso del administrador común en operaciones vinculadas. Votar o no votar. Esa es la cuestión», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 64, 2022.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Parte quinta. El deber de lealtad entre socios», *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, ed. Civitas, 2016.
- CARRINGTON, Paul, y MCELROY, Dan: «The Doctrine of Corporate Opportunity as Applied to Officers, Directors and Stockholders of Corporations», *Business Lawyer*, 1958, núm. 14, pp. 957-968.
- CASTILLO, Victoria, *et al.*: *The effects of knowledge spillovers through labor mobility*, Munich Personal RePec Archive, 2016.
- CHANDLER, Alfred Dupont: «Scale and Scope: The Dynamics of American Capitalism», *Harvard University Press*, 2009, pp. 3-46.
- CHRISTIE, Michael: «The Director's fiduciary duty not to compete», *The Modern Law Review*, vol. 55 (4), 1992, pp. 506-520.
- CLARK, Bryan, y BENSTOCK, A.: «UK company law reform and directors' exploitation of corporate opportunities», *International Company and Commercial Law Review*, núm. 17(8), 2006, pp. 231-241.
- COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain, y DEBOISSY, Florence: *Droit des sociétés*, 25 ed., París, 2012.
- DAUNER-LIEB, Barbara: «AktG § 88 Wettbewerbsverbot», *Gesellschaftsrecht* (dirs. Henssler, M. y Strohn, I.), 4.<sup>a</sup> ed., Beck, 2021.
- DAVIES, Paul L., y WORTHINGTON, Sarah: *Gower Principles of modern Company Law*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2016.
- DAVIS JR., Kenneth B.: «Corporate Opportunity and Comparative Advantage», *Iowa Law Review*, núm. 84, 1998, pp. 211-273.
- DEL VAL TALENS, Paula: «El ejercicio de las facultades de los administradores con fines adecuados: análisis del artículo 228.a) LSC», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 50, 2017, pp. 225-269.
- *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*, Marcial Pons, 2017.

- DÍAZ RUIZ, Emilio: «La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)», *Gobierno corporativo la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores* (dirs. Alonso de Escamilla, A. y Martínez-Echevarría y García de Dueñas A.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 581-611.
- DIMATTEO, Larry A.: «Policing Limited Liability Companies under Contract Law», *American Business Law Journal*, vol. 46, 2009, pp. 279-310.
- DOTEVALL, Rolf: «Is a Common Structure of Company Directors' Duties Evolving in EU?», *European Business Law Review*, 2016, vol. 27 (2), pp. 285-294.
- EFFINGER, Martha M.: «A New Corporate Statute: Adding Explicit Procedures to Maryland's Corporate Opportunity Waiver Provision», *University of Baltimore Law Review*, núm. 48, 2018, pp. 293-322.
- EGE, Karl John: «Changes in the Model Business Corporation Act-Proposed Amendments to Sections 2.02 and 8.70 (and Related Changes to Sections 1.43, 8.31 and 8.60) Permitting Advance Action to Limit or Eliminate Duties regarding Business Opportunity», *Business Lawyer*, vol. 69, núm. 3, 2014, pp. 717-732.
- EMBIID IRUJO, José Miguel: «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coords. Arroyo Martínez, I., Embid Irujo, J. M. y Górriz López, C.), 2.ª ed, 2009, ed. Tecnos.
- «Interés del grupo y ventajas compensatorias», *Revista de derecho mercantil*, núm. 300, 2016, pp. 301-320.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. Hernando Cebriá, L.), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 281-304.
- «La dispensa del deber de lealtad como instrumento de retribución atípica de los administradores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 148, 2017, pp. 57-82.
- «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», *Revista de derecho mercantil*, núm. 281, 2011, pp. 13-45.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La administración de la sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la sociedad limitada* (coord. Paz-Ares Rodríguez, J. C.), Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 689-772.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: «La doctrina de las "Corporate opportunities" en los Estados Unidos de América», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 66, 1997, pp. 477-520.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Las operaciones (vinculadas) intragrupo», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 40, núm. 163, 2021, pp. 157-230.
- FICH, Eliezer M.; HARFORD, Jarrad, y TRAN, Ahn L.: «Disloyal managers and shareholders' wealth», 2021, pp. 1-59.
- FLEISCHER, Holger: «Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht», *Wertpapier-Mitteilungen (WM)*, núm. 22, 2003, pp. 1045-1058.
- «Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2003, pp. 985-992.
- «Legal Transplants im deutschen Aktienrecht», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2004, pp. 1129-1137.
- «Wettbewerbs- und Betätigungsverbote für Vorstandsmitglieder im Aktienrecht», *Die Aktiengesellschaft*, 2005, pp. 336-348.

- FLEISCHER, Holger: «Die Geschäftschancenlehre im Recht der BGB-Gesellschaft», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2013, pp. 361-367.
- «GmbHG § 43 Haftung der Geschäftsführer», *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung –Münchener Kommentar GmbHG–* (dir. Drescher, I.), §§ 35-52, vol. 2, C. H. Beck, 2019.
- FRANKEL, Tamar: «Watering down Fiduciary Duties», *Philosophical foundations of fiduciary law* (dirs. Gold, A, y Miller, P.), Oxford University Press, 2014, pp. 242-260.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «La prohibición de competencia del administrador», *Estudios sobre Derecho de Sociedades: «Liber Amicorum» Profesor Luis Fernández de la Gándara* (coords. Rodríguez Artigas, F., Esteban Velasco, G. y Sánchez Álvarez, M. M.), ed. Aranzadi, 2016, pp. 361-398.
- GARCÍA GARCÍA, Enrique: «Art. 231 Personas vinculadas a los administradores», *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dirs. García-Cruces González, J. A./ Sancho Gargallo, I.), T. III, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 3195-3208.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 54, 2018.
- GELTER, Martin, y HELLERINGER, Geneviève: «Lift not the Painted Veil! To Whom are Directors' Duties Really Owed?», *University of Illinois Law Review*, 2015, pp. 1069-1118.
- «Corporate Opportunities in the US and in the UK: How Differences in Enforcement Explain Differences in Substantive Fiduciary Duties», *European Corporate Governance Institute (ECGI)*, Law Working Paper núm. 346, 2017, pp. 1-32.
- «Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law», *Berkeley Business Law Journal*, num. 15, 2018, pp. 92-153.
- GERNER-BEUERLE, Carsten, y SCHUSTER, Edmund-Philipp: «The evolving structure of directors' duties in Europe», *European Business Organization Law Review (EBOR)*, 2014, vol. 15(2), pp. 191-233.
- GETZLER, Joshua: «Understanding the Operation of Consent», *Philosophical foundations of fiduciary law* (dirs. Gold, A, y Miller, P.), Oxford University Press, 2014, pp. 39-62.
- GILSON, Ronald J., y GORDON, Jeffrey N.: «Controlling controlling shareholders», *The Center for Law and Economic Studies*, Columbia Law School, Working Paper núm. 228, 2003, pp. 1-62.
- GIMENO RIBES, Miguel: «Consejeros de la minoría, conflicto permanente y pacto omnilateral», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 61, 2021.
- GIRÓN TENA, José: *Derecho de sociedades anónimas*, Universidad de Valladolid, 1952.
- GLOVER, Stephen I.: «Joint Ventures and Corporate Opportunity Problems», *Insights*, vol. 9, núm. 11, 1995, pp. 9-42.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> Belén: «El socio administrador que compite con su sociedad. Una propuesta de interpretación finalista de las prohibiciones de voto», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 56, 2019.
- GORDON, Jeffrey N.: «The Mandatory Structure of Corporate Law», *Columbia Law Review*, vol. 89, 1989, pp. 1549-1598.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph.: «AktG § 88 Wettbewerbsverbot», *Aktiengesetz* (dirs. Grigoleit, H. C. y Schwennicke, A.), 2.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, 2020a.
- «AktG § 111.<sup>a</sup> Geschäfte mit nahestehenden Personen», *Aktiengesetz* (dirs. Grigoleit, H. C. y Schwennicke, A.), 2.<sup>a</sup> ed., 2020b.



- HABERSACK, Matthias: «AktG § 111a», *Münchener Kommentar AktG-Nachtrag zum ARUG II, Nachtrag §§ 67, 67a-67f, 87, 87a, 107, 111a-111c, 113, 162 infolge des ARUG II*, 5.ª ed., C. H. Beck, 2021.
- HAMERMESH, Lawrence, y STRINE, Leo: «Fiduciary Principles and Delaware Corporation Law: Searching for the Optimal Balance by Understanding that the World is Not», *Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business*, Discussion Paper núm. 937, 2017, pp. 1-44.
- HENN, Harry G.: *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, West Publishing, Minnesota, 2.ª ed., 1970.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1», *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital. Adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital* (coord. L. Hernando Cebriá), Bosch, 2015, pp. 137-186.
- *La Revisión Legal* («Legal Due Diligence») *en el Derecho Mercantil. (Transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresa)*, Comares, 2008.
- *Entidades de propósito (o cometido) especial y otras entidades vehiculares o puente (Una aproximación a su configuración tipológica desde el Derecho de sociedades)*, Colección Derecho Privado, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- HOLTKAMP, Nico: *Interessenkonflikte im Vorstand der Aktiengesellschaft*, Dunker & Humblot, 2016.
- HOPT, Klaus: «Self Dealing and the Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Self Dealing», *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, De Gruyter, Berlin-New York, 2012, pp. 285-326.
- HORTON, Brent J.: «Modifying Fiduciary Duties in Delaware: Observing Ten Years of Decisional Law», *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 40(3), 2016, pp. 921-988.
- IVENS, Michael: *Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters: der Konflikt der Konkurrenzbeziehung und dessen Lösung durch einen satzungsmäßig geregelten Anspruch auf Unterlassung der Konkurrenzbeziehung unter Berücksichtigung der kartellrechtlichen Problematik*, 1986.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas* (coord. Juste Mencía, J.), Civitas, 2015, Cizur Menor (Navarra), pp. 377-393.
- «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo* (coord. Juste Mencía, J.), Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 395-412.
- «Artículo 230. Deber de imperatividad y dispensa», *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas* (coord. Juste Mencía, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 413-425.
- KALSS, Susanne: «AktG § 88 Wettbewerbsverbot», *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, §§ 76-117, 5.ª ed., C. H. Beck, 2019.
- KASTIEL, Kobi: «Against All Odds: Shareholder Activism in Controlled Companies», *Columbia Business Law Review*, vol. 60, 2016, pp. 101-172.
- KERSHAW, David: «Lost in Translation: Corporate Opportunities in Comparative Perspective», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, vol. 25, núm. 4, pp. 603-627.
- «The foundations of Anglo-American corporate fiduciary law», *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, núm. 15, 2018, pp. 1-22.

- KOCH, Jens: «AktG § 88 Wettbewerbsverbot», *Aktiengesetz* (dir. Koch, J.), 16.<sup>a</sup> ed., Beck, 2022a.
- «AktG § 111a. Geschäfte mit nahestehenden Personen», *Aktiengesetz* (dir. Koch, J.), 16.<sup>a</sup> ed., 2022b.
- KORT, Michael: «Interessenkonflikte bei Organmitgliedern der AG», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (-ZIP-)*, 2008, pp. 717-725.
- «§ 88 Aktiengesetz», *Großkommentare Aktiengesetz der Praxis* (dirs. Hirte, H., Mulbert, P. O. y Roth, M.) Volumen 4: §§ 76–94, 2015, de Gruyter, ap. 744 ss., pp. 717-728.
- KÜBLER, Friedrich: «Erwerbchancen und Organpflichten – Überlegungen zur Entwicklung der Lehre von den *corporate opportunities*», *FS Werner*, 1984, pp. 437-448.
- KUMPAN, Christoph: *Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit*, 2014.
- LATORRE CHINER, Núria: «Las operaciones vinculadas en las sociedades no cotizadas (la limitada eficacia del control preventivo)», *Revista de derecho mercantil*, núm. 313, 2019.
- LAWALL, L.: «Verdeckte Gewinnausschüttungen und Geschäftschancenlehre im GmbH-Recht», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, núm. 27, 1997, pp. 1742-1745.
- LICHT, Amir N.: «Farewell to Fairness: Towards Retiring Delaware's Entire Fairness Doctrine», *ECGI Working Paper Series Law*, Working Paper, núm. 439, 2020, pp. 1-73.
- LOWRY, John, y EDMUNDS, Rod: «The Corporate Opportunity Doctrine: The Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies», *Modern Law Review*, vol. 61, núm. 4, 1998, pp. 515-537.
- LUTTER, Markus: «Theorie der Mitgliedschaft. Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts», *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 80, 1980, pp. 84-154.
- MANESH, Mohsen: «What Is the Practical Importance of Default Rules under Delaware LLC and LP Law», *Harvard Business Law Review Online*, vol. 2, 2011-2012, pp. 121-129.
- MATEU DE ROS CEREZO, Rafael: *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017.
- MAYSON, Stephen W., y RYAN, Christopher L.: *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- MILLER, Sandra K.: «The Role of the Court in Balancing Contractual Freedom with the Need for Mandatory Constraints on Opportunistic and Abusive Conduct in the LLC», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 152, 2004, pp. 1609-1660.
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier: «Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)», *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021.
- MERTENS, Hans Joachim, y CAHN, Andreas, «§ 88», *Kölner Kommentar Aktiengesetz* (dirs. Zöllner, W., y Noack, U.), Carl Heymann, Colonia, 2010.
- OLTMANN, Michael: «AktG § 88», *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht* (dir. Heidel, T.), 5.<sup>a</sup> ed., ed. Nomos, Baden-Baden, 2020.
- OTEGUI JÁUREGUI, Kattalin: *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, ed. Marcial Pons, 2018.
- PASSARGE, Malte: «Vorstands-Doppelmandate – ein nach wie vor aktuelles Thema!», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (-NZG-)*, 2007, pp. 441-444.

- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «La responsabilidad de los administradores como instrumento de Gobierno Corporativo», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 20, 2003, pp. 67-109.
- «La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y viejas reglas», *InDret*, núm., 2014, pp. 1-53.
- «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015, pp. 43-65.
- «Anatomía del deber de lealtad», *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada* (dir. Alonso Ureba A., et al.), T. II., vol. 2, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 425-459.
- «El concepto de conflicto de interés: teoría de los círculos concéntricos», *Estudios homenaje al Profesor Luis María Cazorla Prieto* (dir. Cazorla González-Serrano, L.), vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 2107-2128.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido, y JORDANO LUNA, Martín: «El perímetro de vinculación», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 64, 2022.
- «El perímetro de vinculación», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 56, 2021, pp. 71-114.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, ed Civitas, 2016.
- PÖSCHKE, Moritz: «GmbHG § 43 Haftung der Geschäftsführer», *BOKGmbHG* (dirs. Ziemons, H., Jaeger, C. y Pöschke, M.), 51.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, 2022.
- RAUTERBERG, Gabriel, y TALLEY, Eric: «Contracting out of the fiduciary duty of loyalty: An empirical analysis of corporate opportunity waivers», *Columbia Law Review*, 2017, vol. 117, pp. 1075-1095.
- RIBAS FERRER, Vicenç: *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Tesis doctoral, Universidad autónoma de Barcelona, 2004.
- RIBSTEIN, Larry E.: «Fiduciary Duty Contracts in Unincorporated Firms», *Washington & Lee Law Review*, 1997, núm. 54, pp. 537-594.
- *The Rise of the Unincorporation*, Oxford University Press on Demand, 2010.
- SAMET, Irit: «Guarding the Fiduciary's Conscience. A Justification of a Stringent Profit-stripping Rule», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 4, 2008, pp. 763-781.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Grupos de sociedades y deber de lealtad de los administradores», *Archivo institucional EPrints Complutense*, 2017, pp. 1-23.
- SAVITT, William: «A New New Look at Corporate Opportunities», *Columbia Law School. The Center for law and Economic Studies Working Papers*, núm. 235, 2003, pp. 1-84.
- SCOTT, Paul G.: «Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints», en *Canterbury Law Review*, 1998, vol. 7, pp. 403-442.
- SEDLMAIER, PETRA y RÜPPELL, Philipp: «Verletzung von Wettbewerbsverboten durch den Gesellschafter-Geschäftsführer in der GmbH. Zugleich Besprechung von OLG Stuttgart, 15.3.2017 – 14 U 3/14», *Der Betriebs-Berater*, 2017, pp. 1923-1931.
- SIEG, Oliver y ZEIDLER, Simon Alexander: «Geschäftschancenlehre und Interessenkonflikt», *Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen* (dirs. Hauschka, C. E., Moosmayer, K. y Lösler, T.), C. H. Beck, 2016, pp. 84-96.

- SINA, Peter: «Die Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Wettbewerbsverbot», *Deutsches Steuerrecht (DStR)*, 1991, pp. 40-44.
- SLAUGHTER, James C.: «The Corporate Opportunity Doctrine», *Southwestern Law Journal*, 1964, núm. 18, pp. 96-116.
- SPINDLER, Gerald: «Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive», *Die Aktiengesellschaft*, núm. 24, 2013, pp. 889-904.
- «AktG § 88 Wettbewerbsverbot», *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, §§ 76-117, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, 2019.
- SPINDLER, Gerald y SEIDEL, Andreas: «AktG § 111a» *Beck-Online Grosskommentar*, 2022.
- STEELE, Myron T.: «Freedom of Contract and Default Contractual Duties in Delaware Limited Partnerships and Limited Liability Companies», *American Business Law Journal*, vol. 46(2), 2009, pp. 221-242.
- STRELAU, Susanne: *Wettbewerbsverbote für den GmbH-Geschäftsführer und Befreiungsmöglichkeiten: unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftergeschäftsführers*, ed. Tectum, 1999.
- TALLEY, Eric, y HASHMALL, Mira: «The corporate opportunity doctrine», *USC Institute for Corporate Counsel*, 2001, pp. 1-28.
- TIMM, Wolfram: «Wettbewerbsverbot und «Geschäftschancen» Lehre im Recht der GmbH», *GmbH-Rundschau (GmbHR)*, 1981, pp. 177-186.
- VALMAÑA OCHAÍTA, María: «Política de implicación de los inversores institucionales y gestores de activos», *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados* (dirs. Fernando Rodríguez Artigas y otros), vol. 1, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 1349-1382.
- VENTORUZZO, Marco: «Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri», *Rivista delle Società*, vol. 61, núms. 2-3, 2016, pp. 363-391.
- VERSE, Dirk A.: «Art. 22. Risikobereich und Haftung: Wettbewerbsverbote un Ansziehen von Corporate Opportunities», *Handbuch Managerhaftung. Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen. Typische Risikobereicht* (dirs. Krieger G. y Schneider U. H.), Dr. Otto Schmidt KG, 2010.
- VETTER, Eberhard: «Aktienrechtliche Organhaftung und Satzungsautonomie. Überlegungen de lege ferenda», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2014, pp. 921-926.
- VON DER OSTEN, Dinnies: «Das Wettbewerbsverbot von Gesellschaftern und Gesellschafter-Geschäftsführern in der GmbH», *GmbHR*, 1989, p. 450.
- WEBER, Markus: «AktG § 88 Wettbewerbsverbot», *Aktiengesetz* (dirs. Hölter, W. y Weber, M.), 4.<sup>a</sup> ed., 2022.
- WEITNAUER, Wolfgang: «Zur Diskussion: Wohnungseigentum oder isolierter Miteigentumsanteil», *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*, 1991, pp. 141-154.
- *Handbuch Venture Capital*, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, 2011.
- WEITNAUER, Wolfgang, y GROB, Verena: «Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote», *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)*, 2014, pp. 185-191.
- WIRBELAUER, Wolfram Heinrich: «Gesellschaftsrecht: Die Gestaltung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots des GmbH-Geschäftsführers», *GmbH-Rundschau*, 2022, pp. 130-137.
- WOOLF, Terence: «The Venture Capitalist's Corporate Opportunity Problem», *Columbia Business Law Review*, núm. 473, 2001, pp. 489-496.
- ZIEMONS, Hildergard: «§ 43 GmbHG Haftung der Geschäftsführer», *GmbH-Gesetz* (dirs. Michalski/Heidinger/Leible/ Schmidt, J.), 3.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, 2017.
- ZÖLLNER, Wolfgang y NOACK, Ulrich: «GmbHG § 35. Vertretung des Gesellschaft», *GmbHG* (dirs. Baumbach, A. y Hueck, G.), C. H. Beck, 2017.

## **ÍNDICE JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA**

### **1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- STS de 1 de octubre de 1986 (núm. 544, Ponente: Excmo. Sr. Ramón López Vilas).
- STS de 9 mayo de 2001 (núm. 445, Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).
- STS de 29 de noviembre de 2001 (núm. 1133, Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz).
- STS de 27 de marzo de 2003 (núm. 301, Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).
- STS de 26 de enero de 2006 (núm. 33, Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).
- STS de 16 de junio de 2006 (núm. 668, Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán).
- STS de 24 de abril de 2007 (núm. 441, Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).
- STS de 19 de diciembre de 2011 (núm. 893/2012, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos).
- STS de 26 de diciembre de 2012 (núm. 781, Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo).
- STS 12 noviembre de 2014 (núm. 608, F. D. 5.º, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena).
- STS de 11 de diciembre de 2015 (núm. 695, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena).
- STS de 2 de febrero de 2017 (núm. 68, Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres).
- STS de 27 de junio de 2017 (núm. 404, Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo).
- STS de 17 de noviembre de 2020 (núm. 613, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena).
- STS de 13 de mayo de 2021 (núm. 310, Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo).

### **2. SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2015\10886, voto particular Illmo. Sr. D. Juan F. Garnica Martín).

- SAP de León (Sección 1.<sup>a</sup>) de 20 de octubre de 2015 (núm. 270, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada).
- SAP de La Rioja (Sección 1.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 2016 (núm. 130, Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Araujo García).
- SAP de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 1 de julio de 2019 (núm. 337, Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González).
- SAP de Salamanca (Sección 1.<sup>a</sup>) de 28 julio de 2020 (núm. 366, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Jacinto García Pérez).
- SAP de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 4 de febrero de 2021 (núm. 225, Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.<sup>a</sup> Fernández Seijo).

### 3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de 5 de noviembre de 1965.
- Resolución de 16 febrero de 2013 (núm. 3003).
- Resolución de 3 de abril de 2013 (núm. 4315).
- Resolución de 18 de junio de 2013 (núm. 8160).
- Resolución de 26 de septiembre de 2014 (núm. 11518).
- Resolución de 19 febrero de 2015 (núm. 2691).
- Resolución de 12 de marzo de 2015 (núm. 3793).
- Resolución de 16 de marzo de 2015 (BOE de 16 de abril de 2015).
- Resolución de 28 de abril de 2015 (núm. 6078).
- Resolución de 21 de enero de 2016 (núm. 1353).
- Resolución de 11 de abril de 2016 (núm. 5291).
- Resolución de 8 de enero de 2018 (núm. 1013).
- Resolución de 24 de enero de 2018 (núm. 1585).
- Resolución de 9 de agosto de 2019 (núm. 15546).
- Resolución de 26 de abril de 2021 (núm. 8316).
- Resolución de 25 de mayo de 2021 (núm. 9671).
- Resolución de 16 noviembre de 2021 (núm. 20039).

# La protección de datos personales de la víctima de violencia de género en el campo del Registro de la Propiedad\*

**DRA. IRENE AZNAR SÁNCHEZ-PARODI**  
Profesora ayudante doctora de Derecho civil  
Universidad de La Laguna

## RESUMEN

*La correcta protección de datos personales es un problema que incide en muchos ámbitos de nuestra sociedad. En este sentido, no debería sorprendernos que existan preocupaciones acerca de la tutela de los datos en el campo del Registro de la Propiedad.*

*Concretamente, en este trabajo nos ocuparemos de analizar la garantía de los datos personales de las víctimas de violencia de género en el Registro de la Propiedad. Así, no puede pasarse por alto que la revelación de datos puede tener un impacto respecto de algunos de sus derechos fundamentales.*

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto «Desafíos actuales del Registro de la Propiedad: Blockchain y protección de datos» (PID2020-113995GB-I00), con plazo de ejecución desde el 1 de septiembre de 2021 al 30 de septiembre de 2025, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación).

Este trabajo también se realizó dentro del marco de una Ayuda Margarita Salas para la formación de jóvenes doctores (Ayudas para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023), por lo que se hace una referencia expresa a la Universidad de La Laguna y a la financiación de la estancia por el Ministerio de Universidades otorgada por Orden UNI/551/2021 de 26 de mayo, así como la financiación por la Unión Europea-Fondos Next Generation EU.

Se agradecen las sugerencias emitidas por los/las evaluadores/as de este trabajo, las cuales han sido tenidas en cuenta.

Se agradece, asimismo, el acogimiento de los miembros del Departamento de Derecho civil e Internacional Privado de la Universidad de Sevilla durante la estancia que se realizó en su día.

Tras el envío de este trabajo para su publicación se ha modificado la redacción de los apartados segundo y noveno del artículo 222 de la Ley Hipotecaria, cuyo texto desplaza, en gran medida, la publicidad formal en papel. La mencionada reforma entrará en vigor el 9 de mayo de 2024, según se desprende del apartado sexto de la D. F. 18ª de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos”.

**PALABRAS CLAVE**

*Registro de la Propiedad. Protección de datos. Violencia de género.*

## Victim of gender violence's Data Protection in the field of Land Registry

**ABSTRACT**

*Proper protection of personal data is a problem that affects many areas of our society. In this sense, it should not surprise us that there are concerns about the guardianship of data in the field of Land Registry.*

*Specifically, in this paper we will analyse the guarantee of victim of gender violence's personal data in the Land Registry. Thus, it can not be ignored that the disclosure of data may have an impact over some of their fundamental rights.*

**KEY WORDS**

*Land Registry. Data Protection. Gender violence.*

**SUMARIO:** 1. *Introducción.*–2. *Protección de datos personales de víctimas de violencia de género: una aproximación.*–3. *Fundamentación teórica del apartado 11.º del artículo 222 LH.*–4. *¿Necesidad práctica de la previsión normativa?*–5. *El papel del Registrador respecto a la protección de datos.* 5.1 *El examen del interés.* A) *Cuestiones previas* B) *Posibles deficiencias en el control de la licitud del interés respecto a los supuestos de violencia de género.* a) *Aspecto objetivo.* b) *Aspecto subjetivo.* 5.2 *El principio de «minimización de datos» y el «tratamiento profesional» de los mismos.*–6. *Los derechos del interesado recogidos en la normativa de protección de datos.* 6.1 *Aspectos iniciales.* 6.2 *¿Ejercicio del derecho de oposición.*–7. *Aspectos relacionados con la futura regulación.* 7.1 *Instrumento normativo.* 7.2 *Datos especialmente afectados por la restricción.* A) *Identidad del titular registral.* B) *Domicilio.* C) *Datos del otro cónyuge.* 7.3 *Cuestiones procedimentales.* A) *Solicitud de restricción de acceso.* B) *Pronunciamiento favorable respecto a la restricción.* C) *Petición de información.* D) *La fe pública registral.* 7.4 *La atención específica a la cuestión de la violencia de género.*–8. *Conclusiones Bibliografía. Páginas web. Jurisprudencia. Resoluciones de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.*



## 1. INTRODUCCIÓN

El arraigo de la tecnología en nuestra sociedad ha traído consigo un sinnúmero de fenómenos que entrañan una especial complejidad para el jurista moderno, entre los cuales se encuentra, desde luego, la protección de datos personales, esto es, de «... *toda información sobre una persona física identificada o identificable...*» [art. 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD)]<sup>1</sup>.

Puede decirse que las TICs han redimensionado la reflexión de Bacon en la que ponía de manifiesto que «el conocimiento es, en sí mismo, un poder»<sup>2</sup>, hasta el punto de que Mendoza del Maestro afirma que, estas nuevas tecnologías ligadas a fenómenos como el almacenamiento, la difusión e interconexión de datos puede suponer una nueva forma de sometimiento del individuo<sup>3</sup>. Hoy en día, el atractivo de la recopilación de datos reside en que, además de ser una apuesta monetaria segura<sup>4</sup> (las empresas los compran para conocer y, en ocasiones, controlar al consumidor)<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Esta definición coincide, en buena parte, con la que ofrecen algunos autores, como es el caso, por ejemplo, de TAUS, 2017, p. 740; VALDÉS DÍAZ, R. C. D. I., 2019, pp. 373 y 377.

<sup>2</sup> Frase de BACON recogida en *Aurea Dicta. Dichos y proverbios del mundo clásico* (selección VALENTÍ, trad. y complementos GALÍ), 1987, p. 248.

<sup>3</sup> MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 550. En este sentido, el Considerando 6 RGPD señala que «*la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades*».

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, destaca el papel que representan los datos personales para la economía. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 2. En parecido sentido, VIVAS TESÓN, 2020, p. 148; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 119. También se refieren a su importancia económica, por ejemplo, NOBLIA, 2017, p. 615; BASTIDA FREJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 1; RAGA SASTRE, R. C. D. I., 2019, pp. 272 y 293.

<sup>5</sup> De nuevo, la idea de sometimiento a la que aludía MENDOZA DEL MAESTRO, quien también se refiere al peso que pueden tener los datos respecto a la toma de ciertas elecciones. MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 550. Respecto a la mercadotecnia y *bigdata*, véase, por ejemplo, APARICIO SALOM, 2019, pp. 402 ss. Sobre la influencia del *bigdata*, véase, asimismo, NOBLIA, 2017, pp. 628, 632 y 633.

Por su parte, en la Exposición de Motivos (en adelante, EM) Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante LORTAD) también se señaló que las nuevas tecnologías permiten conocer los comportamientos de ciertos sujetos a través de determinados datos, entre los que se encuentran aquellos relacionados con el consumo.

pueden considerarse como un *bien* fácil de transportar<sup>6</sup>, así como, en palabras de Vivas Tesón, un activo reutilizable y de uso duradero<sup>7</sup>. Como era de esperar, este seductor enfoque capitalista puede chocar, sin embargo, con el correcto desenvolvimiento de un buen número de derechos, como tendremos la ocasión de analizar a lo largo de este trabajo<sup>8</sup>.

El problema de la protección de datos no es extraño al Registro de la Propiedad, por el contrario, parece acompañar (sin saberlo ni pretenderlo) a la institución registral desde su inicio<sup>9</sup>, teniendo en cuenta que, como indica, por ejemplo, Villaverde Menéndez<sup>10</sup>, su principal

<sup>6</sup> NOBLIA habla de la comunicación de datos de manera casi instantánea. NOBLIA, 2017, p. 615. En el ya citado Considerando 6 RGPD se hace alusión a la necesidad de que se garantice la circulación de los datos personales en el ámbito comunitario dentro de un contexto de seguridad. De forma similar, véase en la EM Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD) se destaca el incremento de intercambio de datos entre países. Ello también se pone de manifiesto en DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, p. 191.

Este fenómeno ya fue puesto de relieve en la EM LORTAD.

<sup>7</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 119 y nota al pie núm.1 de la p. 119; VIVAS TESÓN, 2020, p. 147 y nota al pie núm.2 de la p. 147. En la EM LOPD se habla de «*recurso fundamental de la sociedad de la información*».

<sup>8</sup> Por ejemplo, en la EM LOPD se señala de manera expresa que «*el carácter central de la información personal tiene aspectos positivos, porque permite nuevos y mejores servicios, productos o hallazgos científicos. Pero tiene también riesgos, pues las informaciones sobre los individuos se multiplican exponencialmente, son más accesibles, por más actores, y cada vez son más fáciles de procesar mientras que es más difícil el control de su destino y uso*». También se refieren a este fenómeno, por ejemplo, RAGA SASTRE, R. C. D. I., 2019, pp. 269 y 270; MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 550.

<sup>9</sup> La doctrina destaca que, aunque por aquel entonces no se pensaba de manera directa en la protección de datos personales, el Registro de la Propiedad siempre limitó el acceso a la información registral. En este sentido, véanse, entre otros, BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 3; GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, pp. 191, 192, 195 y 224; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 687, 688 y 693; ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, pp. 314 y 318.

De forma algo más tímida, véase, entre otros, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 1; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 450; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 143; VIVAS TESÓN, 2020, p. 173; BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 2.

Yendo más allá, de ANGULO RODRÍGUEZ subraya que podría decirse que la EM de la antigua LH pareció referirse a la necesidad de proteger los datos personales. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 168. Por su parte, otro conjunto de autores sostiene que ya en los inicios del Registro de la Propiedad se observa un funcionamiento que actuó como base para la legislación actual en materia de protección de datos, pues entiendo que existía un tratamiento de datos anterior a la regulación vigente. DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 138. VIVAS TESÓN recuerda, sin embargo, que los textos originales de la vigente normativa hipotecaria no recogían normas relativas a la protección de datos. VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 125; VIVAS TESÓN, 2020, p. 154. En parecido sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO recalca que la normativa de protección de datos y la legislación hipotecaria se hallan alejadas en el tiempo. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 10.

<sup>10</sup> Reflexión recogida en BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 5. En parecido sentido, ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 287 ss. Sin hacer mención en este punto a la publicidad formal y material, DE REINA TARTIÈRE, *La Notaria*, 2012, pp. 51 y 52.

finalidad ha sido siempre la de dotar de seguridad jurídica al tráfico de bienes inmuebles a partir del expediente de la publicidad registral<sup>11</sup> (tanto en su aspecto material como formal)<sup>12</sup> o, lo que es lo mismo, a partir de la publicación de datos registrales que, en muchas ocasiones, encajan, como advierten Martínez Escribano<sup>13</sup> y Vivas Tesón<sup>14</sup>, en la definición de datos personales que se recogió más arriba<sup>15</sup>. En efecto, al Registro de la Propiedad acceden, como destaca la

<sup>11</sup> La idea de la función del Registro como medio para garantizar la seguridad a través de la publicidad es por todos conocida y se reproduce en un buen número de trabajos doctrinales, por lo que baste citar aquí algunos de ellos: ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 287, 288, 289, 290 y 291; GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, pp. 192 y 225; PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, p. 1142; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1871; VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, pp. 373, 379 y 380; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 1, 11 y 21; BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 4; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 167; MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 546; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 133; VIVAS TESÓN, 2020, p. 162; VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 57, 61, 62, 64 y 65; MORAL MORO, 2010, pp. 196, 213, 214, 215, 226, 241, 242, 248, 288, 291, 292 y 293. También véase la opinión de ORTÍ VALLEJO recogida por BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 12.

Refiriéndose a la seguridad jurídica, RDGRN 22 febrero 1991 (RJ1991\9848).

<sup>12</sup> DE REINA TARTIÈRE, *La Notaria*, 2012, p. 60; ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 287 ss.; ROCA TRÍAS, 2017, p. 673; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 303; NOBLIA, 2017, p. 609. Se insinúa la distinción en VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 149; VIVAS TESÓN, 2020, p. 178.

MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA también se refieren a esta distinción aludiendo, de un lado, a la «publicidad formal» y, de otro, a la publicidad «substantiva» del Registro de la Propiedad. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 450 y 454.

Respecto al distinto peso que han tenido la publicidad formal y la material, véase ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 189.

Sobre la publicidad formal, véase Instrucción de 17 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre principios generales de la publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en los casos de petición en masa (en adelante, Instrucción de 17 de febrero de 1998). También, por ejemplo, MORAL MORO, 2010, p. 248. Respecto a la publicidad formal en Perú, véase MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, pp. 547-549.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 7.

<sup>14</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 138; VIVAS TESÓN, 2020, p. 167.

<sup>15</sup> ROCA TRÍAS se refiere a esta conexión «*per relationem*». ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 312. De manera similar, ROCA TRÍAS, 2017, p. 684. Se repite la idea de que los datos personales acceden al Registro de la Propiedad en otros puntos del trabajo de la autora; en concreto: ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 304, 305; ROCA TRÍAS, 2017, p. 674, 675.

También se refieren a este fenómeno (acceso de datos personales al Registro de la Propiedad), entre otros, VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 57, 58 y 68; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 130, 137, 138, 139, 151 y 152; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 159, 166, 167, 168 y 182; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 4-7, 18 y 22; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 155 ss.; MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 382; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 453 y 473; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1869, 1875 y 1877; MORAL MORO, 2010, pp. 196, 199, 202, 207, 208, 209, 210, 211, 289 y 290; TAUS, 2017, p. 740; MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 199 y, apoyándose en ROCA TRÍAS, p. 380; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 145. Respecto a Puerto Rico, GÓMEZ PÉREZ, 2017, p. 328. En cuanto a Uruguay, NOBLIA, 2017, p. 618. En el caso cubano, VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 373.

doctrina, un buen número de datos personales y ello, por cuanto, nos hallamos ante datos que, aún refiriéndose a la persona, mantienen algún tipo de conexión con lo inscrito<sup>16</sup>.

Lo expuesto en el párrafo precedente explica que, como destaca Martínez Escribano<sup>17</sup>, en la literatura jurídica se suela hablar de una confrontación potencial entre la publicidad tan característica del Registro de la Propiedad y la necesaria protección de los datos de carácter personal<sup>18</sup>. De ahí, que la doctrina abogue por la búsqueda de un punto de encuentro entre ambos bienes jurídicos<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Por ejemplo, ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 312; ROCA TRÍAS, 2017, p. 684; MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 199; MORAL MORO, 2010, pp. 202, 208, 209, 210, 289 y 290; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 453 y 473; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 137, 151 y 152; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 166, 182 y 183; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1869 y 1875; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 4-7, 18 y 22. De forma algo más tímida, DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 155 ss.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 57, 58 y 68. Por su parte, MANRIQUE PLAZA advierte que es posible encajar los datos de índole patrimonial dentro de la definición de datos de carácter personal. MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 379. Véase, asimismo, la p. 382 del precitado trabajo.

En el caso cubano, VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 373 y, apoyándose en ROCA TRÍAS, p. 380.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 11; MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 382.

<sup>18</sup> Entre otros, TAUS, 2017, p. 741; ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 287 y 288; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 7, 8 y 11; MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, pp. 386 y 387; OROZCO PARDO, 2008, p. 121; ROCA TRÍAS, 2017, p. 672; MORAL MORO, 2010, pp. 196, 198, 201 y 288; BASTIDA FREJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 1, 5 y 7; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 138; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 136; VIVAS TESÓN, 2020, p. 161; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 147; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 57 y 58. En el caso de Cuba, VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 373, 379 y 383; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 2; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 302; BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, pp. 3146 y 3148; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1971; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 196. BALLUGERA recoge la opinión vertida por RECALDE CASTELL y OROZCO en un seminario. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 3. También habla de esta confrontación GONDRA ROMERO, cuya opinión aparece recogida en BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 11.

Desde la perspectiva general de los derechos de la personalidad, MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, pp. 543 y 544.

Sobre esta tensión, puede consultarse la STEDH (Sección 4.<sup>a</sup>) 6 abril 2021 (TEDH202145).

En un seminario, según destaca BALLUGERA GÓMEZ, OROZCO PARDO señaló la necesidad de que publicidad y protección de datos convivan entre sí. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 6.

<sup>19</sup> Por ejemplo, TAUS, 2017, p. 741; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 21; VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, pp. 371 y 383; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 147; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 137 y 155; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 166, 189 y 190; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 2; MORAL MORO, 2010, p. 289. MENDOZA DEL MAESTRO, de manera más genérica, se refiere a la importancia de equilibrar la balanza entre la necesaria publicidad de ciertos datos personales y la protección de los denominados derechos fundamentales. MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 551.

ROCA TRÍAS sostiene que este equilibrio se puede apreciar en el sistema registral español. ROCA TRÍAS, 2017, p. 693; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 318.

Teniendo en cuenta lo anterior, hemos querido centrar este estudio en el análisis de la protección de ciertos datos personales que acceden al Registro de la Propiedad, en concreto, los de las víctimas de violencia de género. Esta elección se debe al hecho de que, como tendremos la oportunidad de analizar en profundidad, la revelación de ciertos datos personales-registrales puede afectar a algunos bienes jurídicos de los que las víctimas de violencia de género son titulares. En concreto, estimamos que estos serían el derecho a «la dignidad de la persona...» (art. 10 CE)<sup>20</sup>, «... derecho a la vida y a la integridad física y moral...» (art. 15 CE)<sup>21</sup>, «... el derecho a la libertad y a la seguridad...» (art. 17 CE)<sup>22</sup>, el derecho a la igualdad de trato por razón de sexo (art. 14 CE)<sup>23</sup> y, de forma más incidental, «... el derecho a la propiedad privada...» (art. 33 CE en conexión con el artículo 222.11 LH)<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Aunque no se refiere directamente al asunto que nos ocupa, esta idea se inspira en las reflexiones de GIMENO SENDRA, quien, basándose en la jurisprudencia constitucional, subraya que el derecho a la información (aunque ya señalaremos que este derecho no parece invocable *per se* en sede registral) no puede afectar a la dignidad personal. GIMENO SENDRA, 1998, p. 210.

Sobre la relación existente entre el artículo 10 de la Constitución española y el derecho a la protección de datos, por ejemplo, OROZCO PARDO, 2008, p. 130; ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 305. En esta última línea se pronuncia, por ejemplo, el voto particular presentado por JIMÉNEZ DE PARGA (se adhiere MENDIZÁBAL ALLENDE) a la STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\290).

Para el caso cubano, VALDÉS DÍAZ también se encarga de subrayar que existe conexión entre la protección de datos y la dignidad de la persona. VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 379. En el caso de México, véase MENDOZA ENRÍQUEZ, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 2020, p. 115.

<sup>21</sup> Respecto al derecho a la vida y a la integridad física, véase la opinión de GIMÉNEZ GÓMEZ LAFUENTE citada en ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969 [hacemos notar que creemos que la autora se refiere a GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE]. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el derecho a la integridad física se menciona en el artículo 222.11 LH, que analizaremos más adelante.

<sup>22</sup> Además de pronunciarse sobre la seguridad, RAGA SASTRE considera que el conocimiento de ciertos datos registrales puede afectar al derecho a la libertad, ya que podría favorecer la ejecución de actividades criminales como el delito de secuestro. RAGA SASTRE, *R. C. D. I.*, 2019, p. 294. También se refiere a la necesidad de proteger la seguridad de la víctima respecto a la publicidad de ciertos datos, por ejemplo, GIMÉNEZ GÓMEZ LAFUENTE citado en ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969 [hacemos notar que creemos que la autora se refiere a GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE].

Sobre la seguridad, véase, asimismo, la bibliografía que se cita en la nota al pie núm. 64 de este trabajo.

<sup>23</sup> Aunque GIMENO SENDRA no se pronuncia directamente sobre la cuestión y se refiere al derecho general a la información (en otro punto de este trabajo rechazamos su aplicación general en sede registral), puede deducirse esta conclusión mediante la reflexión en la que el autor pone de relieve, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el hecho de que la libertad informativa queda limitada por el principio de igualdad. GIMENO SENDRA, 1998, p. 210.

<sup>24</sup> Según RAGA SASTRE, la relevación de algunos datos obrantes en el Registro de la Propiedad puede dar lugar a que se perpetren robos. RAGA SASTRE, *R. C. D. I.*, 2019, p. 294. Como tendremos la oportunidad de analizar, el inciso 11.º del artículo 222 LH no solo se refiere a la seguridad de las personas, sino también a la de los

## 2. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: UNA APROXIMACIÓN

Como viene a señalar DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, no es infrecuente encontrar referencias a la protección de los datos personales de la víctima en los textos legislativos que se ocupan de regular cuestiones directamente relacionadas con la violencia de género<sup>25</sup>. Así, en el ámbito estatal, hallamos la previsión contenida en el artículo 63.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004), el cual reza que «*en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia*». Por su parte, en la normativa autonómica relativa a la violencia de género también se suele hacer mención a la necesidad de tutelar de manera especial los datos personales de las víctimas [art. 7 Ley (catalana) 5/2008, de 24 de abril, del derecho a las mujeres a erradicar la violencia machista<sup>26</sup>; arts. 13<sup>27</sup> y 56<sup>28</sup> Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral

---

bienes materiales. Del mismo modo, MENDOZA DEL MAESTRO habla del aumento de la delincuencia a través del conocimiento del patrimonio, aunque no parece estar aludiendo específicamente a supuestos de robo. MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 546. Lo mismo ocurre con DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 149. Por su parte, GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879 se refiere a los peligros de conocer el patrimonio del titular registral.

<sup>25</sup> DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, pp. 192 ss.

<sup>26</sup> «*Los poderes públicos de Cataluña, para alcanzar las finalidades establecidas por el artículo 6, deben seguir los siguientes criterios de actuación [...] 1) El compromiso activo de garantizar la protección de los datos de carácter personal de las mujeres en situación de violencia, así como de las demás personas implicadas o de los testigos, de acuerdo con la legislación aplicable. Debe garantizarse igualmente la protección de los datos de carácter personal de los profesionales de la red que estén implicados*».

<sup>27</sup> «*La Xunta de Galicia garantizará la existencia de registros administrativos para unificar y actualizar los datos sobre la situación de las mujeres que sufren violencia de género en Galicia, así como sobre la situación de las niñas y niños que en su ámbito familiar conviven con este tipo de situaciones, según lo establecido en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*». Entendemos que hoy en día debería referirse a la norma que se encuentra actualmente en vigor, esto es, la vigente LOPD.

<sup>28</sup> «*Las administraciones públicas titulares del sistema de protección y asistencia integral a las mujeres que sufren violencia de género garantizarán, en todo caso, la confidencialidad de la información que traten por razón de sus funciones, según lo establecido en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*». Entendemos que hoy en día debería referirse a la norma que se encuentra actualmente en vigor.

de la violencia de género; arts. 4 c) <sup>29</sup> y 28 <sup>30</sup> Ley (andaluza) 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género; art. 15.3 Ley (cántabra) 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas <sup>31</sup>; art. 60 Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia <sup>32</sup>; art. 15.1 Ley (valenciana) 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana <sup>33</sup>, EM Ley (extremeña) 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura <sup>34</sup>].

Como tendremos la oportunidad de comprobar, la importancia que todas las normas anteriormente citadas otorgan a la materia objeto de estudio contrasta, sin embargo, con la paupérrima regulación de la cuestión en el ámbito registral. Conviene aclarar en este punto, aunque sea de manera sucinta, que, a pesar de las idas y venidas del legislador patrio [exclusión en la LORTAD <sup>35</sup>; aparente

<sup>29</sup> «La actuación de los poderes públicos de Andalucía tendente a la erradicación de la violencia de género deberá inspirarse en los siguientes fines y principios [...]c) Adoptar medidas que garanticen los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, de acuerdo con los principios de universalidad, accesibilidad, proximidad, confidencialidad de las actuaciones, protección de los datos personales, tutela y acompañamiento en los trámites procedimentales y respeto a su capacidad de decisión».

<sup>30</sup> «La Administración de la Junta de Andalucía, las organizaciones empresariales y las organizaciones sociales deberán proteger, en todo caso, la intimidad y privacidad de la información sobre las mujeres víctimas de violencia de género, conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal. Especialmente, garantizarán la confidencialidad de los datos personales de los que pudiera deducirse su identificación y paradero, así como los referentes a sus hijos e hijas y menores que estén bajo su guarda y custodia». Entendemos, nuevamente, que hoy en día debería referirse a la norma que se encuentra actualmente en vigor.

<sup>31</sup> «Los datos personales de todo tipo que figuren en el informe no podrán ser incluidos en fichero, ni ser tratados ni cedidos en los términos que para estos conceptos establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyos preceptos deberán ser siempre respetados en aplicación de esta Ley». Entendemos que hoy en día debería referirse a la norma que se encuentra actualmente en vigor.

<sup>32</sup> «Constituye infracción grave el incumplimiento de la obligación de confidencialidad respecto de datos personales, sociales y sanitarios de mujeres que obren en los expedientes tramitados en aplicación de lo establecido en el artículo 48 de la presente Ley».

<sup>33</sup> «En cumplimiento de la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal, se garantizará a las víctimas de violencia sobre la mujer la confidencialidad de los datos de carácter personal que puedan provocar su identificación y localización y, en especial, con respecto al agresor y su entorno».

<sup>34</sup> Se refiere a la necesidad de «... garantizar la privacidad de los datos personales de las mujeres en situación de violencia, así como de las demás personas implicadas o de los testigos, de acuerdo con la legislación aplicable».

<sup>35</sup> Ello se deduce, como apunta MORAL MORO, de una interpretación sistemática del artículo 2.2 a) y la EM LORTAD. MORAL MORO, 2010, pp. 199, 200, 288 y 289. También se señala, por ejemplo, en MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, pp. 200, 201 y 202; GIMENO SENDRA, 1998, p. 218; GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 197. Comparte esta opinión (exclusión de ámbito de aplicación), por ejemplo, GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006,

sujeción de la actividad registral a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD de 1999<sup>36</sup>), según la normativa actual [véase art. 2.3 LOPD]<sup>37</sup>, todos aquellos aspectos relacionados con la protección de datos en el ámbito del Registro de la Propiedad se hallarán sometidos, primeramente, a lo dispuesto en la legislación hipotecaria [Ley Hipotecaria (en adelante, LH) y Reglamento Hipotecario (en adelante, RH)] y, solo supletoriamente, a lo señalado en LOPD vigente, así como al RGPD<sup>38</sup>. Partiendo de este esquema y sin, por ello, querer pasar por alto que el sentir doctrinal general insiste en la necesidad de alcanzar una armonización de la normativa hipotecaria y de protección de datos<sup>39</sup>, examinaremos cómo se trata en la *lege data* la cuestión que nos ocupa.

p. 1869; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 150; VIVAS TESÓN, 2020, p. 154; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 126. Con respecto a la EM, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 139.

El citado precepto señalaba que «*el régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley no será de aplicación: a) A los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general*». Por su parte, en la EM de la derogada disposición, se indicaba que «*el ámbito de aplicación se define por exclusión, quedando fuera de él, por ejemplo, los datos anónimos, que constituyen información de dominio público o recogen información, con la finalidad, precisamente, de darla a conocer al público en general –como pueden ser los registros de la propiedad o mercantiles...–*».

<sup>36</sup> Entre otros, por ejemplo, VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 58, 59 y 60; MORAL MORO, 2010, pp. 200, 201, 211 y 289; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 150 y 170; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1869; GÓMEZ GÁLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, pp. 199 y 224; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 676 y 677; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, pp. 305 y 306; VIVAS TESÓN, 2020, p. 157; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 128 y 129; BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 2; OROZCO PARDO, 2008, pp. 122 y 135; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 139, 140 y 145.

<sup>37</sup> Según el precepto, «*los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, se regirán por lo dispuesto en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en la presente ley orgánica. Se encuentran en esta situación, entre otros, los tratamientos realizados al amparo de la legislación orgánica del régimen electoral general, los tratamientos realizados en el ámbito de instituciones penitenciarias y los tratamientos derivados del Registro Civil, los Registros de la Propiedad y Mercantiles*».

<sup>38</sup> Mientras que hay autores que parecen subrayar el hecho de la exclusión (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 2 y, de forma más tímida, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 3 y 4), hay otros, en cambio, que recalcan que sí que existe sujeción de la cuestión a la normativa de protección de datos (VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 129; VIVAS TESÓN, 2020, p. 157).

<sup>39</sup> MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 204; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143; TAUS, 2017, p. 742; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 1, 10 y 22; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 147 y 171; BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 2, 6, 7 y 8; BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 2 y 3. De forma algo más tímida parece pronunciarse VIVAS TESÓN, pues considera que son normas que pueden interpretarse de manera complementaria, siendo el registrador quien debe llevar a cabo esa tarea de armonización a falta de un impulso



Por lo que se refiere a la legislación hipotecaria, no se encuentran referencias específicas sobre la materia que nos ocupa, sin perjuicio de que la doctrina viene considerando que el inciso 11.º del artículo 222 LH se refiere de manera indirecta, entre otras cuestiones, a la protección de los datos personales de las víctimas de violencia de género<sup>40</sup>. Norma que, por otra parte, algún autor parece circunscribir a los supuestos de acceso telemático a la información registral<sup>41</sup>, idea que no compartimos, ya que, como señala Guichot (quien, por otro lado, mantiene que es una cuestión dudosa), el acceso telemático se halla recogido en otro precepto diferenciado, esto es, el apartado 10.º del artículo 222 LH<sup>42</sup>.

Como resulta lógico (norma de desarrollo), el RH tampoco parece referirse, al menos a primera vista, a la protección de datos en los casos que nos ocupan.

La normativa supletoria no arroja, al menos aparentemente, mayor luz al asunto, ya que la única referencia expresa que se realiza respecto a la violencia de género se encuentra en el apartado 2.º D. A. 7.ª LOPD, según el cual «a fin de prevenir riesgos para víctimas de violencia de género, el Gobierno impulsará la elaboración de un protocolo de colaboración que defina procedimientos seguros de publicación y notificación de actos administrativos, con la participación de los órganos con competencia en la materia». En este sentido, el RGPD tampoco parece recoger ninguna norma que aborde de manera particular el problema de la protección de datos de las víctimas de maltrato machista siguiendo la estela de la derogada

---

normativo en la materia. VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 129, 136 y 137; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 157, 158, 165 y 166. De modo similar, OROZCO PARDO, 2008, p. 122. Aunque en otro punto de su obra, VIVAS TESÓN destaca la necesidad de establecer un único régimen legal, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 131, 132 y 155; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 161, 189 y 190.

Por su parte, VILLAVARDE MENÉNDEZ expuso en un seminario que, aunque la normativa de protección de datos es aplicable al ámbito registral, ello no quiere decir que deba sacrificarse la legislación hipotecaria. Aunque en la misma reunión científica indicó que es necesario que la LH se adapte en ciertos aspectos a la normativa de protección de datos. Esta opinión se recogió en BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 4 y 5. En similar sentido, se pronunció, según BALLUGERA GÓMEZ, DE ANGULO en un seminario. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 7.

<sup>40</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 183; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 94; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171; recogiendo la opinión que expuso DE ANGULO en un seminario, véase BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 8. Por el contrario, se emplea la expresión «violencia doméstica» en DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 146 y 148; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1879.

<sup>41</sup> Parece ser esta la tesis de OROZCO PARDO, 2008, pp. 137 y 138. Por su parte, MORAL MORO afirma que el artículo 222.11 LH se circunscribe a los supuestos de acceso telemático. MORAL MORO, 2010, p. 264.

<sup>42</sup> GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1896.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos. Cuestión distinta es que exista la posibilidad de que, como veremos en otro punto, haya algún procedimiento general (no se dirige específicamente a proteger datos de personas amenazadas) encaminado a evitar la publicidad de ciertos datos en determinados supuestos (derecho de oposición).

Tampoco parece ayudar el hecho de que la vigente LOPD no haya incluido a los datos relativos a la violencia de género dentro del elenco de las «*categorías especiales de datos*» a las que se refiere su artículo 9, que parece basarse (aunque no hace una enumeración en un único apartado), en el elenco de datos enumerados en el artículo 9. 1 RGPD, el cual hace alusión al «... *tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física*». El Real Decreto 17/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, RLOPD), en cambio, preveía en su artículo 81.3 que «*además de las medidas de nivel básico y medio, las medidas de nivel alto se aplicarán en los siguientes ficheros o tratamientos de datos de carácter personal: [...] c) Aquéllos que contengan datos derivados de actos de violencia de género*»<sup>43</sup>.

Claramente se trata de supuestos distintos, ya que el precepto de la LOPD se refiere a unos datos que resultan especiales por razón de su objeto, mientras que la norma reglamentaria hacía alusión al nivel de los mecanismos de seguridad, no obstante, resulta curioso que si el nivel alto de seguridad se aplicaba a datos que hoy se hallan dentro de las vigentes «*categorías especiales de datos*» no se haya incluido de manera expresa dentro de las mismas a aquellos datos que se refieren a casos de violencia de género. Tal vez esta preterición se haya debido a que la vigente LOPD se basa en las mismas «*categorías especiales de datos*» que se encuentran contempladas en el artículo 9 RGPD.

En cualquier caso, no conviene olvidar que el RLOPD se mantiene vigente en todo aquello que no sea incompatible o que

---

<sup>43</sup> Sobre este particular, pueden consultarse las breves notas que se recogen, a nivel meramente explicativo en ORIOL VICO, *Red Seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, 2008, pp. 58 ss.; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, pp. 192 y 193.

se oponga a lo dispuesto en la vigente LOPD y en el RGPD *ex* Disposición derogatoria única de la vigente LOPD. En este sentido, Domínguez Álvarez llega a afirmar que los datos personales que puedan estar relacionados con la violencia de género son equiparables, en términos de protección, a los datos a los que alude el artículo 9 RGPD<sup>44</sup>. Incluso, yendo más allá, el autor termina por considerar que los datos sobre violencia de género pueden encajar en las «*categorías especiales de datos*» a las que se refiere el RGPD<sup>45</sup>, de modo que solo podrían tratarse en los casos previstos en la normativa<sup>46</sup>.

Tomando en consideración lo expuesto en los párrafos precedentes, confirmamos las ideas que adelantábamos más arriba, esto es, que hoy por hoy no puede decirse que exista una regulación específica y robusta en cuanto a la protección de los datos de las víctimas de violencia de género en el campo registral<sup>47</sup>. Dejando a un lado, por el momento, las posibles propuestas *de lege ferenda* referidas a la patente necesidad de acometer modificaciones legislativas y nuevas regulaciones, entendemos que la ausencia de una normativa particular sobre el tema objeto de examen no debe ni puede servir de pretexto para obviar la tutela de ciertos datos de la titular registral que ha

<sup>44</sup> DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, p. 193.

Respecto al ámbito registral y el nivel de seguridad, véase, por ejemplo, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 471 ss. Sobre la necesidad de que esta materia se hallase regulada en una ley, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 141; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 153. Respecto a idoneidad de aplicar de manera progresiva un nivel alto de seguridad en los Registros, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1902. También se refieren a la necesidad de aplicar mecanismos de seguridad, por ejemplo, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 131 y 139; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 160 y 168; MORAL MORO, 2010, p. 204.

<sup>45</sup> DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, pp. 194, 195 y 196.

<sup>46</sup> A ellos se refiere DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, p. 200.

<sup>47</sup> Respecto al concreto caso de las víctimas de violencia de género, véase la opinión de DE ANGULO expuesta en un seminario y recogida por BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 8.

Aunque no se limita al supuesto de las víctimas de violencia de género, VIVAS TESÓN, al abordar el análisis del artículo 222.11 LH, indica que existen lagunas respecto a la salvaguarda de los datos personales de algunos colectivos. VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 183. También se infiere de lo señalado en DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1879.

De forma general, sin referirse al supuesto del artículo 222.11 LH, DE ANGULO RODRÍGUEZ indica que parte del problema de la protección de datos registrales se debe a que no se han acometido determinadas reformas normativas. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 148. También se señala en DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 133.

Aunque desde una perspectiva general (no en el caso específico de la violencia de género), MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 1 se refiere expresamente a las deficiencias de la normativa de protección de datos en el ámbito registral, idea que repite, en mayor o menor medida, en otros puntos de su trabajo como en las pp. 3, 10, 13 y 22.

sido víctima de maltrato machista<sup>48</sup>. De este modo, conviene atender a los recursos normativos existentes.

El primero de los recursos mencionados sería, desde luego, nuestra Constitución española, que acoge, como veremos, los distintos derechos fundamentales que podrían verse conculcados en los supuestos de publicidad de ciertos datos registrales. Por otro lado, no puede perderse de vista la legislación sectorial a la que nos hemos referido con anterioridad (normas hipotecarias y legislación en materia de protección de datos), que, aún siendo poco precisa e incluso incompleta<sup>49</sup>, debe hallarse al servicio de los sujetos interesados, en este caso, las víctimas de violencia de género.

Siendo el inciso 11.º del artículo 222 LH la única norma hipotecaria que se refiere de manera más o menos clara a la cuestión que nos ocupa, pasamos a abordar su estudio en los siguientes apartados.

### 3. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL APARTADO 11.º DEL ARTÍCULO 222 LH

Como mencionamos más arriba, el precepto objeto de análisis no alude de manera directa a los datos personales relativos a las víctimas de violencia de género. En este sentido, la norma se limita a señalar que «*reglamentariamente se concretará el procedimiento para autorizar la restricción del acceso a la información relativa a determinadas personas, comerciantes o fincas cuando ello venga impuesto por razón de la protección de la seguridad e integridad de las personas o los bienes*» (el subrayado es nuestro)<sup>50</sup>. Ello no ha impedido, como también se apuntó con anterioridad, que los autores que se han ocupado de abordar la materia examinada entiendan, a nuestro modo de ver, de manera más que acertada, que las víctimas de maltrato machista encajan dentro del perfil de las personas que se pueden ver amenazadas como consecuencia de la publicidad de ciertos datos obrantes en el Registro de la Propiedad<sup>51</sup>. Desde esta

<sup>48</sup> Respecto a la protección de datos de las víctimas de la violencia de género, DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ viene a afirmar su importancia en tanto que, según parece desprenderse de su trabajo, la insuficiente tutela del mencionado bien jurídico no solo podría suponer un obstáculo para la integridad de unas mujeres que, por desgracia, han vivido una situación extrema, sino que también podría provocar la frustración de sus aspiraciones personales. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, p. 213.

<sup>49</sup> Véase la bibliografía que se cita en la nota al pie núm. 47 de este trabajo.

<sup>50</sup> Al mencionar este precepto, ORTIZ FERNÁNDEZ recalca que se trata de un ejemplo de limitación justificada de acceso a datos personales. ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 302 y 303 (también nota al pie núm. 29 de la última de las pp. citadas).

<sup>51</sup> Véase nuevamente, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 183; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 94; DE

perspectiva, habrá que recurrir al concepto que de violencia de género que se ofrece en el artículo 1.1 LO 1/2004<sup>52</sup>, es decir, «*la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*».

No obstante lo expuesto en el párrafo precedente, cabe hacer notar, con parte de la doctrina, que la norma permite tutelar a otros sujetos<sup>53</sup> que puedan verse afectados personal («... *seguridad e integridad de las personas...*»)<sup>54</sup> o materialmente («... *seguridad e integridad de [...] los bienes*»)<sup>55</sup> por un peligro real (por ejemplo, la doctrina suele destacar las amenazas por parte de grupos terroristas u organizaciones criminales)<sup>56</sup> debido a la revelación de algunos de los datos personales que constan en el Registro de la Propiedad. En este sentido, entendemos que, a falta de una mayor concreción, los casos cubiertos por la norma constituirían un *numerus apertus*, de modo que, tal y como parece desprenderse del trabajo de Guichot Reina, permitiría limitar la publicidad registral respecto a los datos de «... cualquier persona amenazada»<sup>57</sup>, siempre y cuando esta amenaza sea lo suficientemente seria como para

---

ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171. Aunque, como señalamos, emplean la expresión de «violencia doméstica», también sostienen esta tesis DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 146 y 148; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1879; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 468. En otro de sus trabajos, DE ANGULO RODRÍGUEZ habla del peligro que corren las víctimas de la violencia de género si se revelan ciertos datos registrales. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 150, 157, 158 y 171.

<sup>52</sup> Así, DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ viene a afirmar que la noción que recoge el mencionado precepto es tenido en cuenta por la legislación de la protección de datos. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, p. 193.

<sup>53</sup> A título ejemplificativo, pueden consultarse todos los ejemplos a los que aluden GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1879; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 157 y 158; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 468. Hay que tener en cuenta que el propio artículo 222.11 LH cita un caso concreto: el de los «*comerciantes*».

<sup>54</sup> Artículo 222.11 LH.

<sup>55</sup> Artículo 222.11 LH.

<sup>56</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 183; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 146 y 148; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 150 y 171. Refiriéndose únicamente a los supuestos de terrorismo, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 94; RAGA SASTRE, *R. C. D. I.*, 2019, p. 294 núm. 59.

<sup>57</sup> GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1879. El autor se refiere a los sujetos que podrían verse en peligro a través de la publicidad registral, hablando a continuación del precepto mencionado, por lo que cabría deducir la conclusión a la que se hace referencia en el texto principal.

Aunque sin mencionar en este punto de forma directa el art. 222.11 LH, también recurre a la generalización, por ejemplo, DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 157 y 158.

fundamentar la limitación de la publicidad registral, esto es, lo que el autor citado parece considerar como la existencia de una probabilidad de un daño (o daños) grave(s)<sup>58</sup>.

A colación de esta última reflexión, entendemos que, aunque se apliquen respecto a supuestos diametralmente opuestos, resultan especialmente útiles los criterios contenidos en el artículo 1267 del Código civil para examinar la entidad de la amenaza, ya que en el mismo se señala que se apreciará que existe intimidación en sede contractual «... cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». Precisamente, estos son el tipo de comportamientos frente a los cuales la normativa específica sobre violencia de género pretende proteger a las víctimas. Así, la LO 1/2004 no solo protege a las mujeres respecto a «... todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (apartado 3 art. 1 LO 1/2004), sino también frente a «... la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de...» el agresor (apartado 4 art. 1 LO 1/2004).

No resulta extraño que en la literatura jurídica se señale que los derechos que pueden verse amenazados como consecuencia de la publicidad de datos registrales son, como indica destacadamente Gimeno Sendra<sup>59</sup>, los que se refieren a la «privacidad»<sup>60</sup> y,

<sup>58</sup> GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879.

<sup>59</sup> El autor se refiere a la posible conculcación, en ciertos supuestos, de la «esfera privada», lo cual enlaza con los derechos fundamentales específicos que se mencionan con posterioridad en el texto principal, ya que, en su opinión, esa privacidad conecta de manera natural con la intimidad, pero da lugar de forma paralela al derecho que recoge el artículo 18.4 de la Constitución española. GIMENO SENDRA, 1998, p. 218. También, por ejemplo, entienden que la publicidad registral podría afectar a la intimidad y a la protección de datos, BASTIDA FREJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 1; MORAL MORO, 2010, p. 196.

Del mismo modo se distingue entre intimidad y protección de datos en, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 7 y, en cierto sentido, p. 21.

<sup>60</sup> La doctrina suele recalcar que la privacidad no es sinónimo de intimidad, ya que el primer término es más amplio que el segundo. Así se señala, por ejemplo, en ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 311-313, 318; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 7. También se apunta la distinción en ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 307; ROCA TRÍAS, 2017, p. 678; MACHUCA, y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 202; con apoyo de la EM de la derogada LORTAD. Por su parte, OROZCO PARDO se refiere al tema, señalando que se trata de una distinción extendida entre la doctrina y la jurisprudencia, además de haberse previsto, como se señaló, en la propia LORTAD. OROZCO PARDO, 2008, p. 130 nota al pie núm. 10.

En este sentido, hay quien suele emplear el término de privacidad como sinónimo de protección de datos. Es el caso de GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1869; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 7 y, en cierto sentido, p. 21. Lo mismo parece desprenderse de la EM LORTAD.

de manera más específica, al derecho «... a la intimidad personal y familiar...» (art. 18. 1 CE)<sup>61</sup>, de un lado, y al derecho a la «auto-determinación informativa» (art. 18.4 CE)<sup>62</sup>, de otro, en cuanto derecho que cuenta con autonomía propia<sup>63</sup>. Sin embargo, en este

<sup>61</sup> Por ejemplo, BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 1, 3 y 5; GIMENO SENDRA, 1998, pp. 205, 217 y 218; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 453; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 21; GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, pp. 196, 197 y 225; MACHUCA, y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 204; MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, pp. 549 y 555. También se sostiene que, en ciertos supuestos, puede existir una afectación de la intimidad debido a la publicidad registral, por ejemplo, STSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 22 enero 2001 (JUR\2001\56162).

Del mismo modo, se ha señalado que existen supuestos en los que la revelación de un dato puede no incidir sobre la intimidad, pero sí, en cambio, sobre el derecho a la protección de datos, mientras que hay casos en los que puede producirse el efecto contrario. Así lo indican DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 140. Esta idea se recoge de manera más o menos similar en, por ejemplo, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 459 y 470; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 7 y 21; MORAL MORO, 2010, p. 197.

Del mismo modo, en la RDGRN 22 febrero 1991 (RJ\1991\9848) se indica que «... el derecho a obtener y recibir una información veraz, esgrimido por el interesado en la consulta de los libros del Registro, y avalado por el propio texto Constitucional [artículo 20.1, d)], ha de compatibilizarse, y así lo impone la misma norma invocada (artículo 20.4 Constitución Española), con el derecho a la intimidad de quienes pueden resultar afectados y, en esta disyuntiva, no puede desconocerse el carácter relativo y limitado de la publicidad registral, en correspondencia con los objetivos específicos de esta institución cuales son la seguridad del tráfico jurídico mobiliario y el fomento del crédito territorial, lo que impone el necesario rechazo de todas aquellas pesquisas que, encaminadas a la consecución de otros objetivos, absolutamente lícitos pero ajenos al tráfico jurídico, pueden comprometer los no menos legítimos intereses de quienes tienen sus titularidades al amparo de la institución registral».

En cambio, PRADA, en un amplio estudio sobre la intimidad y la publicidad en el Registro de la Propiedad, sostiene que el derecho fundamental no pelagra por el hecho de que terceros puedan acceder a la información registral. PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, R. C. D. I., 1992, pp. 1139, 1140, 1141, 1142, 1144 y 1146.

<sup>62</sup> Expresión empleada en, por ejemplo, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, pp. 2 y 3; MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, pp. 551 y 555; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 202 nota al pie núm. 114 y p. 207; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 120, 131, 136, 137, 144 nota al pie núm. 66; VIVAS TESÓN, 2020, p. 148, 160, 165, 166, 173 nota al pie núm. 67; MACHUCA, y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 204; VALDÉS DÍAZ, R. C. D. I., 2019, pp. 377 y 378. También, por ejemplo, en la STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\292).

Se establece una conexión entre privacidad y protección de datos en, por ejemplo, ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 312.

Con respecto a la posible afectación de este derecho en el ámbito registral, remitimos al lector a la nota al pie núm. 18 de este trabajo.

<sup>63</sup> Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, en ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 305, 311 y 312; MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 551; VALDÉS DÍAZ, R. C. D. I., 2019, pp. 376 y 377; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 138, 140 y 150; OROZCO PARDO, 2008, p. 126; ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 309; ROCA TRÍAS, 2017, p. 680; MORAL MORO, 2010, p. 197. Realizando un pequeño recorrido jurisprudencial y normativo, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 120 nota al pie núm. 2; VIVAS TESÓN, 2020, p. 148 nota al pie núm. 3.

Del mismo modo, resulta especialmente relevante la reflexión contenida en la STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\290), donde, en relación con el artículo 18.4 de la Constitución española, se señala que «... es procedente recordar que este precepto, como ya ha declarado este Tribunal, contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que es, además,

caso particular, no puede perderse de vista que, como viene a señalar de Angulo, la limitación a la que se refiere el precepto objeto de análisis se impondría, contrariamente a lo que pudiera pensarse, con la finalidad de garantizar la «seguridad» de determinadas personas y no tanto para proteger sus datos o su intimidad<sup>64</sup>. En este sentido, parece que en el espíritu de la norma reside la necesidad de tutelar de manera directa los bienes jurídicos a los que nos referimos en la introducción. Cuestión distinta es que, al limitarse el acceso a los datos por cuestiones de seguridad, queden, al mismo tiempo, protegidos de manera colateral los derechos a los que se refieren los apartados 1 y 4 del artículo 18 de la Constitución española<sup>65</sup>. Así, por ejemplo, el reflejo del domicilio de la titular registral-víctima de violencia de género no solo es un dato personal que incide sobre su esfera íntima y su derecho a la protección de datos, sino que, como veremos de manera detenida, también tiene relevancia desde el punto de vista de la salvaguarda de los derechos subjetivos anteriormente citados<sup>66</sup>.

---

*en sí mismo, “un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama ‘la informática’” (STC 254/1993, de 20 de julio [RTC 1993, 254], F. 6, doctrina que se reitera en las SSTC 143/1994, de 9 de mayo [RTC 1994, 143], F. 7; 11/1998, de 13 de enero [RTC 1998, 11], F. 4; 94/1998, de 4 de mayo [RTC 1998, 94], F. 6 y 202/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999/202], F. 2)».* También se reconoce la distinción en, por ejemplo, STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\292). La EM LOPD se basa en la segunda de las sentencias citadas al hablar de la autonomía del derecho.

Por su parte, MANRIQUE PLAZA viene a señalar que la posible conculcación del derecho de intimidad mediante el desarrollo de una actividad concreta (utilización ilícita de datos) es lo que justifica la existencia de la institución de la protección de datos. MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, p. 376.

<sup>64</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171. Puede consultarse una reflexión que nos parece similar en RAGA SASTRE, R. C. D. I., 2019, p. 294. Véase, asimismo, GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 183.

Con respecto a la protección de datos personales de la víctima de la violencia de género en el ámbito procesal, ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, pp. 186 y 187.

<sup>65</sup> Como señala OROZCO PARDO la protección de datos permite, incluso, salvaguardar otros derechos reconocidos en nuestra Carta Magna. OROZCO PARDO, 2008, p. 130. Esta también es la opinión de MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 551; ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 312. Desde la perspectiva de la conculcación, véase, por ejemplo, ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 313.

Del mismo modo, conviene tener en cuenta que, según la STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\292), «... *el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».* El subrayado es nuestro.

<sup>66</sup> Véase la bibliografía que se cita en el apartado correspondiente al análisis del domicilio como dato personal [apartado 7.1 B) de nuestro trabajo].



Esa protección a la venimos aludiendo se articularía, por tanto, a través de «... *la restricción del acceso a la información...*» (art. 222.11 LH) que consta en el Registro de la Propiedad respecto a la mujer que ha sido víctima de violencia de género. En este sentido, Álvarez-Sala Walther llega a concluir que el Registro actuaría de un modo similar a como lo hace un «*fichero Robinson*»<sup>67</sup>.

El mecanismo descrito con anterioridad plantea, bajo nuestro punto de vista, varios interrogantes que deben ser despejados en pos de la seguridad jurídica y de una correcta técnica legislativa. Así, en primer lugar, conviene preguntarse si la medida a la que alude la norma sometida examen resulta realmente necesaria para proteger a las víctimas de violencia de género, teniendo en cuenta, para ello, la actual existencia de mecanismos de protección de los datos que se vienen aplicando, con carácter general, en el ámbito registral. Por su parte, en el supuesto de que la respuesta fuese afirmativa, se haría necesario abordar diversas cuestiones jurídicas relacionadas con la implantación de una futura regulación. Pasamos a tratar los asuntos mencionados.

#### 4. ¿NECESIDAD PRÁCTICA DE LA PREVISIÓN NORMATIVA?

El apartado 11.º del artículo 222 fue introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Llama, por tanto, la atención que tras algo más de veinte años desde su entrada en vigor (1 de enero de 2002) no se haya articulado la regulación anunciada por el, tantas veces citado, precepto<sup>68</sup>.

Ciertamente, la inactividad por parte del ejecutivo podría llevarnos a concluir que la materia que debe ser abordada desde un punto de vista normativo no tiene una especial relevancia para la sociedad, en cuanto no parece haber tenido la suficiente trascendencia como para poner en marcha el engranaje gubernativo. Los datos, sin embargo, revelan otra realidad.

Desde el año 2003 hasta día de hoy, 1 de junio de 2022, la violencia de género se ha cobrado la vida de 1148 mujeres<sup>69</sup>. Entre septiembre de 2007 y el 31 de julio de 2021 se efectuaron 996890 llamadas calificadas de «pertinentes» al 016<sup>70</sup>. Por su parte, según datos

<sup>67</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 94.

<sup>68</sup> Ello se puso de relieve en su momento por VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 183 y 184; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171.

<sup>69</sup> <https://bit.ly/3PXzyVR> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<sup>70</sup> <https://bit.ly/3CmzrLX> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

estadísticos, entre 2009 y 2021 el año con mayor número de denuncias en materia de violencia de género se registra en 2019 (168168 denuncias)<sup>71</sup>, hace, apenas, tres años (teniendo en cuenta que 2021 ha sido el cuarto año con más denuncias desde que comienza el registro en el año 2009; con 162848 denuncias)<sup>72</sup>. Para finalizar, estimamos que el hecho de que este año (2022) sea aquel en el que, desde el año 2009, existe un mayor número de dispositivos de seguimiento en activo (2774, hasta la fecha)<sup>73</sup> es fiel reflejo de la magnitud del problema socio-educacional ante el cual nos enfrentamos.

En otro orden de cosas, no parece tan descabellado que un agresor pueda obtener ciertos datos relacionados con la víctima a través del Registro de la Propiedad con la finalidad de causarle algún tipo de mal. Así, por ejemplo, Raga Sastre afirma que ETA empleó datos registrales para ubicar a las víctimas que serían objeto de sus operaciones<sup>74</sup>. También se hizo una referencia implícita a este hecho en la enmienda núm. 65 presentada por el grupo parlamentario Popular en el año 2005 respecto al Proyecto de Ley de reformas para el impulso de la productividad. De este modo, en el texto de justificación de la mencionada enmienda se puso de relieve que el procedimiento de restricción de acceso a la publicidad registral resulta vital «... dada la anómala situación de ciertas zonas del país y del hecho comprobado que ciertas organizaciones criminales han utilizado dicha información»<sup>75</sup>.

Por supuesto, terrorismo y violencia de género se desenvuelven en distintos escenarios, no obstante, tampoco hay que perder de vista que 387 de las víctimas mortales de violencia de género no convivían con sus parejas en el momento del desenlace fatal<sup>76</sup>, al mismo tiempo que son numerosas las ayudas que se conceden con la finalidad de que víctima cambie de lugar de residencia<sup>77</sup>. Al no existir convivencia, la agresión solo podrá perpetrarse a partir del conocimiento de una serie de datos por parte del agresor. Como veremos, algunos de estos datos aparecen reflejados en el Registro de la Propiedad, por lo que entendemos que, al

<sup>71</sup> <https://bit.ly/3CDLnKD> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022). Téngase en cuenta que los datos de esta página se van actualizando.

<sup>72</sup> <https://bit.ly/3CDLnKD> (Página consulta por última vez el 1 de junio de 2022). Téngase en cuenta que los datos de esta página se van actualizando.

<sup>73</sup> <https://bit.ly/3CDLnKD> (Página consulta por última vez 1 de junio de 2022). Téngase en cuenta que los datos de esta página se van actualizando.

<sup>74</sup> RAGA SASTRE, R. C. D. I., 2019, p. 294 nota al pie núm. 59.

<sup>75</sup> Accesible en: <https://bit.ly/31JRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<sup>76</sup> Accesible en: <https://bit.ly/3CDLnKD> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022). Téngase en cuenta que los datos de esta página se van actualizando.

<sup>77</sup> Véase la tabla que se publica en <https://bit.ly/3CDLnKD> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022). Téngase en cuenta que los datos de esta página se van actualizando.

menos apriorísticamente, parece existir un peligro razonable para la víctima<sup>78</sup>.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, consideramos, con apoyo en las reflexiones de Vivas Tesón<sup>79</sup>, de Angulo Rodríguez<sup>80</sup>, Manrique Plaza<sup>81</sup> y Guichot Reina<sup>82</sup>, que, si se atiende a importancia de la materia objeto de regulación, la normativa reglamentaria a la que se refiere el inciso 11.º del artículo 222 LH ya debería ser una realidad.

Cuestión distinta a la anterior es la de si puede entenderse que, en virtud de la configuración actual del Registro de la propiedad y de las normas específicas de protección de datos, no es tan urgente que se acometa la reforma a la que nos venimos refiriendo.

De este modo, conviene atender a dos fenómenos. Así, en primer lugar, no puede pasarse por alto que, como viene a indicar Álvarez-Sala Walther<sup>83</sup>, el registrador, en su papel de «guardián» de la institución registral<sup>84</sup> (también calificado por la doctrina de «gatekeepers»)<sup>85</sup> y, a lo que podríamos añadir,

<sup>78</sup> Según afirma DE ANGULO RODRÍGUEZ podría producirse un desenlace fatal a causa de la inexistencia de la anunciada regulación reglamentaria. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171.

<sup>79</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 183 y 184.

<sup>80</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171. Véase también la opinión expuesta por DE ANGULO en un seminario y recogida en BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 7 y 8.

<sup>81</sup> MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, p. 394.

<sup>82</sup> GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879.

<sup>83</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197.

<sup>84</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197. También se señala en lo que parece ser un fragmento de una STEDH que se cita en GIMENO SENDRA, 1998, p. 225.

Aunque no parece referirse de manera específica a los registradores, PAZ-ARES, 1995, p. 96 señala que el «gatekeeping» implica que un sujeto ha de actuar como «guardián». Del mismo modo, el mencionado autor afirma que el notario, al que califica a lo largo de su trabajo como «gatekeeper» (pp. 89 ss.), es un «guardián» (p. 107), lo cual podría enlazarse con el hecho de que el autor concluye que los registradores también son «gatekeepers» (la p. 102 nota al pie núm. 40).

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 1, por ejemplo, habla de los registradores como «garantes».

<sup>85</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 153.

En otro orden de cosas, PAZ-ARES también emplea la expresión de «gatekeeper», así como la de «guardabarreras», para referirse a los notarios. PAZ-ARES, 1995, pp. 89 ss. Del mismo modo, también afirma que los registradores son «gatekeepers» en la p. 102 nota al pie núm. 40 de su trabajo, al mismo tiempo que en la p. 92 nota al pie núm. 19 señala que los Registros (parece que sin especificar el Registro de la Propiedad) «... cumplen una función de “guardabarreras”...».

MÉNDEZ GONZÁLEZ también emplea la expresión «guardabarreras», explicando, no obstante, que este término ligado al de «gatekeepers» conforma una terminología que PAZ-ARES reserva para notarios y registradores. MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008, 2.ª ed., p. 46. Por su parte, también parece que, según pone de relieve RAGA SASTRE, MÉNDEZ GONZÁLEZ hace alusión a estos términos en una entrevista que se le hizo y que fue publicada en el Boletín del IRIB en el año 2016. MÉNDEZ GONZÁLEZ citado en RAGA SASTRE, R. C. D. I., 2019, p. 300 nota al pie núm. 27.

de funcionario público *ex* artículo 274 LH<sup>86</sup>, ya realiza una serie de controles referidos a la protección de los datos personales obrantes en el Registro<sup>87</sup>, en concreto, como viene a señalar el autor<sup>88</sup>, al igual que autores como Gómez Gállico,<sup>89</sup> y, de forma más tímida, Moral Moro<sup>90</sup> y Ortiz Fernández<sup>91</sup>, a través del examen del interés, de un lado, y del tratamiento de los datos, de otro<sup>92</sup>.

Se emplea esta expresión («*gate-keeper*») respecto al papel de guardián que realiza el Registro de la Propiedad en AKKERMANS, 2017, p. 103.

<sup>86</sup> Así lo subraya la doctrina con apoyo en el precepto mencionado en el texto principal: GIMENO SENDRA, 1998, p. 219; MORAL MORO, 2010, pp. 202 y 290; VIVAS TESÓN, 2020, p. 158 y también la nota al pie núm. 28 de la citada página; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 129 y también la nota al pie núm. 28 de la citada página. Por su parte, GUICHOT REINA habla de la «función pública» que desempeña el registrador. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1869. En el mismo sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 457; MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008, 2.ª ed., p. 44 (véase, asimismo, la p. 45). Apoyándose en GUICHOT REINA, DE ANGULO RODRÍGUEZ considera que son funcionarios que desarrollan una función de carácter público. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 152.

ROJO IGLESIAS sostiene que, conforme a la normativa vigente, la naturaleza del cargo de registrador es doble, de modo que no solo es un funcionario público sino también un profesional. ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1975.

<sup>87</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197. La tesis del autor parece ser premonitoria, pues, con posterioridad, la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado llegaría a un planteamiento similar al afirmar que «*como apuntan las recientes Resoluciones de esta Dirección General de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 2017 ó 9 de enero de 2018, como regla general, el registrador, como responsable del Registro y en el ejercicio de su función pública, controla la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales...*». Del mismo modo, RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

En la STS 24 febrero 2000 (RJ\2000\2888) se dice que resulta complejo calificar al registrador como funcionario, pero lo que, según la sentencia resulta claro, es que desempeña una función de carácter eminentemente público.

<sup>88</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197.

<sup>89</sup> También parece sostenerse esta tesis en GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 206.

<sup>90</sup> Aunque se refiere a los modos de esclarecer si el interés es legítimo, MORAL MORO parece decantarse por este sistema de controles en el que se tendrá que tener en cuenta la finalidad, de un lado, y la protección de datos, de otro. MORAL MORO, 2010, pp. 237 y 294.

<sup>91</sup> ORTIZ FERNÁNDEZ viene a afirmar, en relación con el Registro de la Propiedad, que hay que tener en cuenta tanto el hecho de que no todo sujeto podrá acceder a la información como el de que no es posible dar a conocer cualquier dato sin que exista una razón justificativa. ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 300.

<sup>92</sup> Según la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública [RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357)] existen, más bien, tres tipos de exámenes, de modo que «*ante una solicitud de publicidad formal, el registrador debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información*». También RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497).

La anterior teoría parece ser la seguida por autores como ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y*

En segundo lugar, un sector de la doctrina entiende que la facultad que otorgaría la futura regulación del artículo 222.11 LH mantiene una conexión con ciertos derechos que se vienen reconociendo de manera tradicional en el ámbito de protección de datos. Ello nos lleva a preguntarnos, ¿realmente es necesario dar vida a un procedimiento específico (el que se pretende regular según señala el art. 222.11 LH) si, aparentemente, ya existen otras herramientas normativas en el ámbito de protección de datos que permitirían dar cauce al supuesto planteado? Recordemos, nuevamente, que la normativa de protección de datos tiene carácter supletorio.

Pasamos, pues, a analizar ambas cuestiones de manera diferenciada.

## 5. EL PAPEL DEL REGISTRADOR RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

### 5.1 EL EXAMEN DEL INTERÉS

#### A) Cuestiones previas

Como destaca Martínez Escribano<sup>93</sup>, la legislación en materia de Derecho privado ha venido imponiendo, de manera indistinta, la necesidad de que el acceso a los datos registrales se supedite a la existencia de un «... *interés conocido*...» (art. 607 CC y 221 y 227 LH), de un «... *interés legítimo*...» (art. 222.3 bis LH y 332.3 RH) o, más generalmente, de un «... *interés*...» (apartados 1 y 10 del art. 222 y art. 222.1 bis LH) máxi-

---

*Constitución*, 2018, p. 146; VIVAS TESÓN, 2020, p. 175; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 16. Nosotros, sin embargo, preferimos seguir la tesis que propugna un sector doctrinal acerca de la existencia de dos exámenes, ya que, como veremos, el análisis de la finalidad y del interés legítimo se hallan estrechamente relacionados. En este sentido, compartimos las reflexiones expuestas en la RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817), donde se señala que «... *el registrador ha de calificar, no solo si procede, o no, expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho (en el caso del Registro de la Propiedad) que se solicita, sino también qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información, pues cabe perfectamente que puedan proporcionarse ciertos datos registrales y no otros relativos a una misma finca o entidad*».

<sup>93</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 14 y 15. Téngase en cuenta que la autora no se refiere expresamente al artículo 222.10 LH en las páginas mencionadas, no obstante, hemos estimado conveniente añadirlo en el texto principal. Desde una perspectiva general (sin mencionar los incisos específicos), también se hace referencia a la mayor parte de estos artículos en MORAL MORO, 2010, p. 227. OROZCO también alude a alguno de estos preceptos. OROZCO PARDO, 2008, p. 143.

ma que sirve, como se anunció en otro punto de este trabajo, aún sin pretenderlo, para proteger de manera incidental el derecho a la protección de datos<sup>94</sup>.

Siguiendo el hilo argumental de la autora citada en el párrafo precedente, cabe señalar que, a pesar de su aparente sinonimia, no es lo mismo el interés conocido que el interés legítimo<sup>95</sup>. Este panorama se complica si se tiene en cuenta que en diversos estudios<sup>96</sup>, entre ellos el de la propia Martínez Escribano<sup>97</sup>, y resoluciones de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>98</sup> se hace alusión a otra expresión relacionada con el tema que ahora nos ocupa, esto es, el interés *directo*, que, por otro lado, no es más que la conversión de otra locución prevista en la normativa hipotecaria («... *directamente interesado*...» ex art. 332.3 RH).

De este modo, conviene aclarar que, aunque todos los adjetivos que acompañan al vocablo interés (conocido, legítimo, directo)<sup>99</sup>

<sup>94</sup> Nos remitimos a la bibliografía señalada en la nota al pie núm. 9 de este trabajo.

<sup>95</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 16. También parece desprenderse de lo apuntado en DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 169; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 94; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 458. De forma algo más tímida, GIMENO SENDRA, 1998, p. 223; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria», 2019, pp. 1980 y 1981.

MORAL MORO se refiere al debate semántico existente. MORAL MORO, 2010, pp. 227-230 y 294. Aunque después, la autora sostiene que la legislación hipotecaria históricamente ha establecido una identidad entre los términos interés legítimo e interés conocido. MORAL MORO, 2010, p. 228 nota al pie núm. 63.

También se deduce esta distinción de, entre otras, RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817); RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063), RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR\2021\238357).

<sup>96</sup> Por ejemplo, GIMENO SENDRA, 1998, p. 223; OROZCO PARDO, 2008, pp. 143 y 146; VILLAVEDE MENÉNDEZ, 2007, p. 84 nota al pie núm. 18; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 458; GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 224; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 142; VIVAS TESÓN, 2020, p. 171. Haciendo una recopilación de la tesis de otros autores, este término es recogido en MORAL MORO, 2010, p. 229.

<sup>97</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 17. Aunque la autora parece referirse, más bien, a la opinión de un sector doctrinal.

<sup>98</sup> RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817). A esta le siguen: RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063), RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR\2021\238357).

Véase, asimismo, la Instrucción 5 de febrero de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre publicidad en los Registros de la Propiedad.

<sup>99</sup> Llama la atención que OROZCO PARDO se refiere de manera conjunta a estos tres adjetivos, aunque dos de ellos los sitúa entre interrogaciones. OROZCO PARDO, 2008, p. 143. También aluden a estos tres adjetivos, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 458. No obstante, los anteriores autores, apoyándose en la RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145), hablan de una cuarta expresión: interés «patrimonial».

sirven para describir a la misma exigencia impuesta por la legislación hipotecaria, ello no priva de autonomía a cada una de estas palabras ni puede considerarse, repetimos, que estemos ante expresiones sinónimas<sup>100</sup>.

Siguiendo el esquema propuesto por Martínez García, y Miquel Lasso de la Vega<sup>101</sup>, quienes a su vez se apoyan en la RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145), pasamos a analizar el significado de cada una de las expresiones que nos ocupan, además de, como veremos, otra locución.

Por lo que se refiere al interés *conocido*, parte de la doctrina considera que es el que pone de manifiesto el peticionario de los datos (exteriorización)<sup>102</sup>, lo cual se traduce, según la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, «... en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo»<sup>103</sup>.

En cuanto al interés *directo*, coincidimos con la reflexión expuesta por Villaverde Menéndez, quien, distanciándose del calificativo *legítimo*, entiende que el primero de los adjetivos citados implica tener en cuenta el lugar que ocupa el peticionario respecto del dato registral<sup>104</sup>. En este sentido, como viene a señalar destacadamente Gimeno Sendra, existirá, un interés directo cuando el peticionario

---

Cabe hacer notar, sin embargo, que, como veremos, al estar esta cuarta expresión tan ligada a la locución interés legítimo creemos necesario limitar nuestra exposición a las palabras expuestas en el texto principal.

También se refieren a estos adjetivos, entre otras, RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817); RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063), RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497).

<sup>100</sup> Se deduce, nuevamente, de lo expuesto en la bibliografía relacionada en la nota al pie núm. 95 de este trabajo, a la que podría añadirse, por ejemplo, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 84 nota al pie núm. 18. Véase, asimismo, las resoluciones citadas en la nota al pie a la que se hace mención.

<sup>101</sup> MARTÍNEZ GARCÍA y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 458. Recuérdese, sin embargo, que los autores empleaban cuatro adjetivos.

<sup>102</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 16; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 169. De manera algo más tímida, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 68.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER lo identifica, sin embargo, con la voluntad de averiguar. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 94.

Por su parte, MANRIQUE PLAZA parece sostener que el interés conocido y el legítimo son términos sinónimos y vienen a identificarse con el interés que se exterioriza. MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 392.

<sup>103</sup> RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817). A esta le siguen: RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063), RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

<sup>104</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 84 nota al pie núm. 18.

actúe para satisfacer los intereses atinentes a su círculo jurídico-privado, en tanto que se sitúa en una particular posición en relación con los datos obrantes en el Registro de la Propiedad<sup>105</sup>.

Por tanto, no existe, como viene a sostener, en cambio, Prada, un interés general a acceder a la información registral<sup>106</sup>, ya que la normativa hipotecaria estipula que, en el caso de que no se dé ese interés directo, será necesario, como veremos más adelante, «... *acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el número 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario...*»<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> GIMENO SENDRA, 1998, p. 223. *A contrario sensu*, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 84 nota al pie núm. 18. MORAL MORO se pronuncia como GIMENO SENDRA. MORAL MORO, 2010, p. 229.

En sentido similar, aunque sin emplear la expresión de interés directo, VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 381; ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 300. MARTÍNEZ ESCRIBANO también señala este aspecto, aunque parece estar exponiendo la tesis que apoya un sector de la doctrina sin posicionarse al respecto. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 17.

En contra parece pronunciarse GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 224, quien, al hacer alusión al interés directo, sigue un razonamiento que podría apoyarse en lo señalado por las anteriores SSTs 24 febrero 2000 (RJ\2000\2888) y 7 junio 2001 (RJ\2001\6236), donde se indica el interés no es sinónimo de «... *interés en un procedimiento judicial o administrativo concreto...*». Aunque hay que destacar que GÓMEZ GÁLLIGO señala en otro punto de su trabajo que el interés corresponderá al potencial adquirente. GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 192.

<sup>106</sup> PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, pp. 1139 ss. Del mismo modo, ÁLVAREZ-SALA WALTHER insiste en que si se depuran los datos registrales de carácter personal bastaría con alegar un interés general sin que fuera necesario un interés legítimo apreciado por el registrador. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 94.

La tesis de PRADA no es compartida, por ejemplo, por GIMENO SENDRA, 1998, p. 223; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 89; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 168; VIVAS TESÓN, 2020, p. 139; MORAL MORO, 2010, p. 215 nota al pie núm. 39. De forma indirecta, también podría citarse, por ejemplo, a ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 300.

También hay que tener en cuenta lo señalado en la STS 7 junio 2001 (RJ\2001\6236), en la cual se pone de manifiesto que «... *el interés invocado por el recurrente no es un interés fundado en el hecho de que puede verse afectado en el futuro por la normativa impugnada sino que ese interés, en función de su ejercicio profesional, es un interés actual, personal y concreto, no estando en consecuencia ante un interés abstracto, genérico e intangible que podría confundirse con el que subyace en la legitimación popular; sino ante un interés determinado por una realidad cierta objetivable que se concreta, en opinión del recurrente, en la limitación que al principio de publicidad registral se deriva de la normativa objetivo de recurso*».

<sup>107</sup> RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817). A esta le siguen en casi idéntico sentido: RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063), RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR\2021\238357). A este fenómeno se refiere también VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 84 nota al pie núm. 18; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 458 con apoyo en la RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145). Los autores vuelven a repetir esta idea, de manera algo más tímida, en las pp. 463 y 466 de su trabajo.

Por su parte, ORTIZ FERNÁNDEZ habla de «... sujetos, más o menos concretos e identificables...» frente a «... sujetos abstractos...». ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 300.



El adjetivo *legítimo* suele emplearse como sinónimo de lícito<sup>108</sup>. No obstante, nos mostramos disconformes con la concepción generalista que parece existir en cuanto a la licitud del interés<sup>109</sup>, en el sentido de que durante los últimos años la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, basándose en la STS 24 febrero 2000<sup>110</sup>, ha venido afirmando, al menos de manera inicial, que «... “*interés legítimo*” es más amplio que el de “*interés directo*”, de forma que alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 24 de febrero de 2000 aclaró que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo “*aparece amparada por el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria que se refiere expresamente a los “finés lícitos” que se proponga quien solicite la información registral, finés lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a Derecho*”»<sup>111</sup>.

Es cierto que, como comentan de Angulo Rodríguez; Canals Brage y Gimeno Gómez-Lafuente, cuando hablamos de interés legítimo nos estamos refiriendo a un interés lícito, pero también lo es que no estamos hablando de cualquier interés que no vaya en contra del ordenamiento, sino, como señalan los mencionados autores, de forma muy similar a lo expuesto en la RDGRN 22 febrero 1991 (RJ1991\9848), de un interés que se halle conectado con la propia finalidad del Registro como institución<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Entre otros, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 143 y 148; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 458; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 169; GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 224. Aunque este último autor emplea de manera indistinta el término conocido o legítimo.

Con respecto a la denominada jurisprudencia registral, véanse: RDGRN 30 mayo 2014 (RJ2014\3817). A esta le siguen: RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ2016\6063); RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

Por su parte, PRADA sostiene que este adjetivo es superfluo, ya que todos los derechos que se ejercitan deben ser lícitos. PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, p. 1120.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, al tratar otro asunto, viene a relacionar el interés legítimo con su valor cualitativo. VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, p. 84 nota al pie núm. 18.

<sup>109</sup> Esta tesis, en cambio, es especialmente defendida por PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, pp. 1140, 1141, 1143, 1144, 1145 y 1146. En DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 138, sin embargo, se explican diversas causas que apoyan la idea de que la teoría de PRADA ha de ser sometida a una revisión en la actualidad.

<sup>110</sup> (RJ2000\2888).

<sup>111</sup> RDGRN 30 mayo 2014 (RJ2014\3817). Esta doctrina se reproduce en RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ2016\6063); RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

Véase, asimismo, la STS 7 junio 2001 (RJ\2001\6236).

<sup>112</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 143 y 148. También de ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 155 y 169; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 16. cabe hacer

Precisamente, la propia antigua Dirección General de los Registros y del Notariado matiza su definición de interés legítimo indicando que «*tal interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral*»<sup>113</sup>. Del mismo modo, el Tribunal Supremo manifestó en la S. 7 junio 2001<sup>114</sup>, que «*solo si se conoce cuál sea la causa y finalidad que pretende el solicitante puede el Registrador enjuiciar si existe o no interés legítimo*».

De este modo, la legitimidad también se hace depender de la adecuación de la petición a la utilidad o finalidad registral<sup>115</sup>. En

---

notar, sin embargo, que esta última autora no se refiere de manera expresa a la licitud, aunque sí que comparte con los anteriores autores el planteamiento de la finalidad.

Consúltese la resolución nombrada en el texto principal. En contra, PRADA, quien critica la resolución. PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, p. 1140 nota al pie núm. 33.

También parecen interesantes las reflexiones expuestas en la calificación negativa de una registradora [RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ2015\145)], donde se mencionó que «... desde el punto de vista del objeto y extensión de la publicidad, el interés expresado no es cualquier interés (pues entonces la prueba la constituiría la mera solicitud), sino un interés patrimonial, es decir, que el que solicita la información tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual el conocimiento que solicita resulta relevante». En la STC 24 febrero 2020 (RTC\2020\28) se señala, asimismo, que «el art. 222. 7 LH prevé que los terceros tendrán acceso a la información registral para el “logro de fines lícitos”, de donde nace la necesidad de invocar un interés legítimo para su consulta. No se trata de cualquier interés, sino de que esté relacionado con el cumplimiento de la finalidad del registro, es decir, la investigación jurídica, patrimonial y económica, que incluye el crédito, la solvencia y la responsabilidad de los titulares del inmueble».

Sobre el hecho de que solo se da publicidad respecto de aquellos datos relacionados con los fines del Registro de la Propiedad, pueden consultarse, por ejemplo, GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, pp. 192 y 194; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1871 y 1875; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, pp. 314 y 315; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 687, 688 y 689; MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 203; VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, pp. 379 y 380; RAGA SASTRE, *R. C. D. I.*, 2019, p. 293; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 17; BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 5 y 6; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 169; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 142, 143 y 149; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 172, 176, 177 y 178; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 61-67, 7983; MORAL MORO, 2010, pp. 213, 214, 219, 225, 226, 241, 242, 248, 249, 250, 253, 291, 292, 293, 294 y 296. También VILLAVERDE MENÉNDEZ, cuya opinión queda recogida en BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 11.

Véase, asimismo, la Instrucción de 17 de febrero de 1998.

<sup>113</sup> RDGRN 30 mayo 2014 (RJ2014\3817). A esta le siguen: RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ2016\6063); RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357). Ello se inspira en lo señalado en la Instrucción de 17 de febrero de 1998.

<sup>114</sup> (RJ2001\6236).

<sup>115</sup> Por ejemplo, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 85; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 151, 155, 158 y 169; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 140, 143 y 148; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 16 y, aunque no se refiere a la legitimidad, 19; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1870. También hace alusión a este principio VILLAVERDE MENÉNDEZ, cuya opinión fue expresada en un seminario, el cual fue descrito por BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 5. Parece desprenderse de lo que

este punto resulta especialmente ilustradora, a nuestro juicio, la conclusión de Villaverde Menéndez quien sentencia, en relación con la publicidad registral, que los elementos a tener en cuenta tanto para el conocimiento como para la utilización de los datos son, de un lado, el interés, y, de otro, la finalidad<sup>116</sup>.

Lo anterior enlaza, como vienen a señalar algunos autores<sup>117</sup> y la propia antigua Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>118</sup>, con el denominado principio de finalidad o, como se le califica tras la entrada en vigor del RGPD, «limitación de la finalidad»<sup>119</sup>, el cual, siendo propiamente característico del campo de la protección de datos, implica que «los datos personales serán: [...] b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales...» [art. 5.1 b) RGPD]<sup>120</sup>.

Como hace Noblia, conviene, tras esta exposición, aclarar cuál es la finalidad a la que se hallan sometidos los datos personales obrantes en el Registro de la Propiedad como manifestación de la

---

apunta, OROZCO PARDO, 2008, pp. 136 y 137 y, con apoyo jurisprudencial, pp. 142 y 143; MORAL MORO, 2010, pp. 230, 237, 294 y, de forma más general, p. 243.

<sup>116</sup> VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, p. 68.

<sup>117</sup> VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 64 y 71; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 147; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143; BASTIDA FREJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 4; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, pp. 310, 311, 313 y 314; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 682, 683, 685, 686; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 153 y 155; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 183 y 189; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 457; MORAL MORO, 2010, pp. 222 y 233. También parece inferirse de GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1870. Aunque refiriéndose al petición de información registral vía telemática, MANRIQUE PLAZA sostiene que la publicidad formal y el principio finalista son instituciones equiparables. MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 400.

VILLAVARDE MENÉNDEZ también afirmó en un seminario (opinión recogida por BALLUGERA GÓMEZ) que el principio de finalidad es uno de los pilares de la publicidad registral y que es necesario tenerlo en cuenta. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 4 y 11. También se recalca su importancia en, por ejemplo, MORAL MORO, 2010, pp. 219 y 292.

<sup>118</sup> Téngase en cuenta que la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado ya venía enlazando la tarea registral con el principio de finalidad propio de la protección de datos (art. 4.2 de la anterior LOPD). Véase, por ejemplo, RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817); RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063); RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497).

<sup>119</sup> Artículo 5.1 b) RGPD.

<sup>120</sup> Sobre el significado y alcance del principio de finalidad puede consultarse, por ejemplo, BASTIDA FREJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 3 y 4. Se refieren a él brevemente VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 377. Respecto a Uruguay, NOBLIA, 2017, pp. 618, 620, 623 y 633. En cuanto a Perú, MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, pp. 554 y 555.

publicidad formal<sup>121</sup>. La respuesta a este interrogante se encuentra, de forma general, en el artículo 221 LH y, de manera concreta, en la Instrucción de 17 de febrero de 1998.

Así, como recalcan algunos autores<sup>122</sup>, la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>123</sup> y la jurisprudencia<sup>124</sup>, con expreso apoyo en la legislación hipotecaria, «*los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos*» (inciso primero art. 221 LH). En este sentido, la Instrucción de 17 de febrero de 1998 señaló que «*se consideran, pues, finalidades de la institución registral la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación,...), pero no la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro, de manera que el Registrador solo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos (artículo 18.4 de la Constitución «habeas data», vid. STC 254/1993)...*»<sup>125</sup>.

No obstante lo anterior, según la opinión de Villaverde Menéndez<sup>126</sup>, la citada Instrucción parece contradecirse en otro punto cuando afirma que «*la solicitud de información sobre datos personales sin relevancia (sic) patrimonial se realizará con expresión*

<sup>121</sup> NOBLIA, 2017, pp. 620 y 621. También se plantean esta cuestión, por ejemplo, ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 311; ROCA TRÍAS, 2017, p. 683; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1968; GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1870.

<sup>122</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 163, 166 y 169; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 143, 144 y 146; ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 317; ROCA TRÍAS, 2017, p. 692. Aunque no menciona el precepto en el punto que nos interesa, parece inscribirse en el mismo VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 83.

En DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 138 y 144 se advierte, sin embargo, que el objeto del Registro actualmente parece ser algo más amplio. Sigue esta tesis, MORAL MORO, 2010, pp. 215 y 292.

También VIVAS TESÓN resalta que el Registro de la Propiedad no tiene una sola finalidad. VIVAS TESÓN, 2020, p. 178; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 149.

Por su parte, GUICHOT REINA afirma que no existe un *numerus clausus* en cuanto a los intereses. GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1871.

<sup>123</sup> Por ejemplo, RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813). De forma algo más tímida, RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ2015\145); RDGRN 30 mayo 2014 (RJ2014\3817); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ2016\6063); RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153); RDGRN 3 abril 2018 (RJ2018\1497).

Véase, asimismo, el punto primero de la Instrucción de 5 de febrero de 1987.

<sup>124</sup> Por ejemplo, se recalca en STS 24 febrero 2000 (RJ2000\2888); STS 7 junio 2001 (RJ2001\6236).

<sup>125</sup> Esta doctrina se reproduce en casi idéntico sentido en resoluciones como RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

<sup>126</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 70 nota al pie núm. 8.

del interés perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro». Así, el autor sostiene que el hecho de que ciertos datos personales aparezcan reflejados en el Registro de la Propiedad no implica que sea posible conocerlos, salvo los casos en los que la petición de información registral se dirija a revelar cuestiones directamente relacionadas con la finca<sup>127</sup>.

Lo hasta aquí expuesto ha hecho que se haya hablado, en relación con la solicitud del peticionario, de la exigencia de un «interés patrimonial»<sup>128</sup>, «interés económico»<sup>129</sup>, «contenido inmobiliario»<sup>130</sup> o, incluso, de «... interés legítimo patrimonial...»<sup>131</sup>. No obstante, creemos que no es necesario añadir un cuarto adjetivo al sustantivo interés, pues, como hemos venido explicando, el calificativo legítimo ya presupone la necesidad de que el interés sea respetuoso con los fines que se vienen persiguiendo en el Registro de la Propiedad<sup>132</sup>.

Sentado lo anterior, se hace necesario señalar que será el registrador el que deberá comprobar si el interés se acomoda efectivamente a las finalidades propias de la sede registral (se infiere indirectamente del propio art. 222.1 LH)<sup>133</sup>, lo cual deberá realizar,

<sup>127</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 70 nota al pie núm. 8. La necesidad de que los datos tengan relevancia patrimonial suele resaltarse por la doctrina, pudiendo citar, por ejemplo, a GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1875 y 1877; MORAL MORO, 2010, pp. 214, 225, 226, 241, 242, 250, 253, 291, 292, 293. Aunque después en las pp. 248, 249 y 296 la última autora citada habla de datos patrimoniales y datos personales.

También, por ejemplo, GÓMEZ GÁLLIGO sostiene que normalmente se sustraen de la información registral los datos no jurídicos que puedan afectar a la intimidad. GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 225.

Parecen acoger, en cambio, la tesis de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 457, 458, 470 y 471; OROZCO PARDO, 2008, p. 142.

<sup>128</sup> Por ejemplo, ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1981. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 458. Estos últimos autores con apoyo en la RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145) (véase pp. 458 y 449 del trabajo anteriormente citado).

<sup>129</sup> PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, p. 1140 nota al pie núm. 33.

<sup>130</sup> Por ejemplo, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 151; VIVAS TESÓN, 2020, p. 182; MORAL MORO, 2010, p. 253; DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 169; DE ÁNGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143.

<sup>131</sup> RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219).

<sup>132</sup> Nuevamente, DE ÁNGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 143 y 148; DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 155 y 169.

<sup>133</sup> Así, en la RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817) se puso de manifiesto que «... dicho interés se ha de justificar ante el registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo–Sala Tercera– de 16 de junio de 1990 [RJ 1990, 4762] y de 7 de junio de 2001 [RJ 2001, 5534])». Esta doctrina se reproduce de forma muy similar en RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063); RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

atendiendo al motivo concreto que se plantee, esto es, mediante la resolución práctica de supuestos<sup>134</sup> debido a la ausencia de

Véase también el punto primero de la Instrucción de 5 de febrero de 1987.

Aunque se trata de una cuestión que se infiere de una manera u otra de la propia normativa, este hecho (análisis de la finalidad y, por ende, del interés por el registrador) es recalado por, entre otros, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1874, 1877, 1903 y 1904; BASTIDA FREJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 5 y 6; OROZCO PARDO, 2008, pp. 142 y 146; ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 300 y 301; GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, pp. 192, 206, 223 y 224; VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, pp. 373, 380 y 383; GIMENO SENDRA, 1998, pp. 220, 221, 223 y 225; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 155, 163, 168 y 169; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 143, 147, 148 y 149; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 133, 141, 143, 144 y 155; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 162, 170, 173 y 175; MORAL MORO, 2010, pp. 230, 231, 237 y 294. Respecto a la apreciación del interés, más generalmente, véanse, por ejemplo, ROCA TRÍAS, 2017, pp. 692 y 693; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 318; BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, p. 3148; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 15.

De forma general sobre el registrador y el interés, por ejemplo, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 1.

GÓMEZ PÉREZ explica que en Puerto Rico no cabe que el registrador restrinja el acceso a los datos obrantes en el Registro, aunque, por otro lado, la autora habla de la necesidad de que el peticionario presente un interés. GÓMEZ PÉREZ, 2017, pp. 327 y 328.

Con respecto a la jurisprudencia, téngase en cuenta que, por ejemplo, se señala que «el criterio que aquí y ahora se sostiene fue ya adoptado por esta Sala en sentencia de 16 de junio de 1996 al establecer que conforme a la Ley los Registradores son quienes deben apreciar la «legitimación», lo que es lo mismo que el interés legítimo, de quienes se accesan al Registro con el propósito de obtener información». STS 24 febrero 2000 (RJ\2000\2888); STS 7 junio 2001 (RJ\2001\6236).

<sup>134</sup> Se refieren a este fenómeno, por ejemplo, OROZCO PARDO, 2008, p. 146; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1873 y 1877; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 129, 141, 145, 153 y 155; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 157, 158, 170, 173, 183 y 189. También parece apuntarse esta cuestión en ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 314; ROCA TRÍAS, 2017, p. 688; BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, p. 3148; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 80; MORAL MORO, 2010, pp. 233, 237 y 294; VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 383; GIMENO SENDRA, 1998, p. 220; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 19; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 148 y 149. De manera algo más tímida, DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 147 y 168. De forma más tímida, GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 206.

Por otro lado, aunque la RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813) se refiere al dato del precio, en ella se señaló que «como apuntan las recientes Resoluciones de esta Dirección General de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 2017 ó 9 de enero de 2018, como regla general, el registrador [...] controla la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales, debiendo decidir, caso por caso, si procede incluir...» el dato de que se trate. Del mismo modo, RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado que el registrador tiene que llegar al fondo del asunto, sin que quepa realizar una apreciación superficial del interés alegado. En este sentido, RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817); RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063); RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357). A favor, por ejemplo, BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, p. 3148; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 314; ROCA TRÍAS, 2017, p. 688; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 16 y 17.

En contra, por ejemplo, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 94; MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 392; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 148 y 149; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 169.

VALDÉS DÍAZ hace una síntesis de las distintas posturas acerca de esta cuestión, aunque parece posicionarse a favor de la tesis que rechaza el examen exhaustivo. VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 381.

procedimientos específicos<sup>135</sup>. Ello no conlleva «... *que el registrador pueda discrecionalmente manifestar el contenido de los asientos registrales, sino que queda bajo su responsabilidad la publicidad del contenido de los asientos*»<sup>136</sup>.

Se suele hablar en este punto de la labor de ponderación que ha de realizarse<sup>137</sup>, lo cual enlaza con el tan conocido principio de

<sup>135</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 117, 118, 129, 145 y 155; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 158, 174 y 189. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 1, 15, 16, 20 y 22; MORAL MORO, 2010, p. 295; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 2. Ello es criticado, por ejemplo, por BASTIDA FREJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 2, 4 y 5; MORAL MORO, 2010, pp. 236, 238 y 295.

Se recogen algunas líneas a seguir en, por ejemplo, BASTIDA FREJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 4, 5 y 6; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 81 y 82; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 470; ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 149; tímidamente, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1871, 1872 y 1874. También en el trabajo ya citado de MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 16, 20, 21 y 22. MORAL MORO cree que la normativa ofrece alguna línea a seguir, aunque también se refiere de manera tímida a alguna pauta. MORAL MORO, 2010, pp. 232 y 236. Por su parte, la Instrucción de 17 de febrero de 1998 señalaba que podía recurrirse al Protocolo de colaboración del año 1994.

<sup>136</sup> RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817). También RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063); RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

Sobre este particular, véase, asimismo, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 155; VIVAS TESÓN, 2020, p. 189; MORAL MORO, 2010, pp. 225, 226 y 293.

Aunque, por ejemplo, en de ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 148 y 149 y RAGA SASTRE, *R. C. D. I.*, 2019, p. 272 se habla de la independencia del registrador. También de ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 168. No obstante, de ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 149 se refieren, asimismo, a su responsabilidad.

<sup>137</sup> MORAL MORO, 2010, p. 231; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1871, 1872 y 1874; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 2; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 145 y 151; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 173, 174, 181 y 182; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 16, 18, 20, 21 y 22; VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, pp. 373 y 383; BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, p. 3151; NOBLIA, 2017, pp. 620 y 621; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 690, 691 y 693; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 316, 317 y 318; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 80, 81 y 82 nota al pie núm. 16; BASTIDA FREJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 5 y 6; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 147, 158 y 169; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 142, 146 y 148. Estos últimos autores apuntan en la última de las páginas señaladas que la propia LOPD (la de 1999) ya recogió el juicio de ponderación al permitir el acceso a la información siempre y cuando se respetase el principio de proporcionalidad.

Respecto al ámbito registral, GIMENO SENDRA, 1998, p. 219, 220 y 221. Aunque de forma general, véanse, asimismo, las pp. 207 ss. del trabajo del autor antes mencionado.

Aunque desde la perspectiva del derecho a la intimidad, por ejemplo, PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, pp. 1130 y 1131.

ORTIZ FERNÁNDEZ considera, primeramente, que no es necesaria una ponderación (desde su perspectiva no hay choque de derechos), ya que bastaría con esclarecer el alcance de cada uno de los derechos, no obstante, en otro punto de su trabajo, el autor considera, en la línea de la sentencia que analizaba [STC 24 febrero 2020 (RTC\2020\28)], que es necesario ponderar los intereses en juego. ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 316, 317, 318 y 319. GIMENO SENDRA, 1998, pp. 210 y 211 también se refiere a la calificación de los derechos al tratar el tema de la proporcionalidad, aunque, como se ha citado más

proporcionalidad<sup>138</sup> al que se alude de manera específica en el RGPD<sup>139</sup>.

El test de proporcionalidad fue analizado con detenimiento en otro de nuestros trabajos<sup>140</sup>, por lo que baste aquí señalar que, a lo que este estudio interesa, el registrador, al valorar cada supuesto<sup>141</sup>, deberá denegar la publicidad del dato cuando exista una flagrante

---

arriba, defiende, asimismo, la ponderación de derechos en el ámbito registral. La correcta calificación de los derechos (los reales) también son puestos de manifiesto en MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008, 2.ª ed., p. 36, aunque, lógicamente, el autor se refiere a otra cuestión relacionada con el Registro de la Propiedad (análisis económico en el ámbito registral).

Aunque no alude a la cuestión registral ni al examen del interés, conviene destacar que el Considerando 76 RGPD viene a indicar que habrá de realizarse una ponderación en cuanto al riesgo respecto al tratamiento de los datos. De manera similar, véase el artículo 15. 3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>138</sup> BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 3; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1872 y 1903; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 147 y, apoyándose en jurisprudencia, p. 163; DOMÍNGUEZ ALVAREZ, 2020, p. 191; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 136, 151, 153 y 155; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 165, 182, 183 y 189; ROCA TRÍAS, 2017, p. 682; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 310; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 61; VILLAVERDE MENÉNDEZ cuya opinión aparece plasmada en BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 4. MORAL MORO también habla de proporcionalidad, aunque no parece referirse al test tradicional, sino, más bien, a un principio propio en materia de protección de datos. Así, MORAL MORO, 2010, pp. 212, 219, 222, 250, 291 y 292.

Desde una perspectiva general y, en especial, respecto al derecho a la información, GIMENO SENDRA, 1998, pp. 208 ss.

Sobre la proporcionalidad (aunque con especial mención a la intimidad) en la jurisprudencia, véase, por ejemplo, MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 204. También se refiere a la proporcionalidad MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 400. Aunque este último autor alude a la proporcionalidad respecto al supuesto de acceso telemático por parte de autoridades y funcionarios, en el cual, como veremos, se presume el interés legítimo.

Por lo que se refiere a la proporcionalidad respecto a la posible conculcación del honor en el ámbito registral, véase la STC 24 febrero 2020 (RTC/2020/28) que trata ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 314 ss.

<sup>139</sup> En el Considerando 4 del citado cuerpo normativo se recoge que «el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad». También admiten que el derecho a la protección de datos no puede ser calificado de «absoluto», entre otros, ROCA TRÍAS, 2017, p. 682; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 310; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 124; VIVAS TESÓN, 2020, p. 152; DOMÍNGUEZ ALVAREZ, 2020, p. 191. Aunque, según la opinión vertida por VILLAVERDE MENÉNDEZ en un seminario (recogida por BALLUGERA GÓMEZ), se trata de un derecho que no puede ser desplazado. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 4.

<sup>140</sup> Véase AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, *R. C. D. I.*, 2021, pp. 2881 ss. y toda la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

<sup>141</sup> GIMENO SENDRA sostiene (aunque, más bien, desde la perspectiva del derecho a la intimidad) que en este punto (acceso a la información, seguridad) no se puede dar una respuesta de antemano, ya que es necesaria una valoración. GIMENO SENDRA, 1998, p. 220. En parecido sentido (valorar en cada supuesto), NOBLIA, 2017, pp. 619 y 621, respecto al Derecho de Uruguay. En cuanto al análisis de cada supuesto en relación con la colisión de determinados bienes jurídicos (acceso a la información registral por determinados sujetos, de un lado, y la protección de datos, de otro), MORAL MORO, 2010, p. 250 nota al pie núm. 105.

ROCA TRÍAS, en cambio, sí que parece apreciar un cierto apriorismo cuando afirma que, aunque no se trata de una afirmación absoluta, suele darse preferencia al derecho a la seguridad jurídica que al derecho constitucional a la protección de datos. ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 318; ROCA TRÍAS, 2017, p. 693.



conculcación de los derechos del titular registral<sup>142</sup> y, muy especialmente, del derecho a la vida o a la integridad física<sup>143</sup> [esta idea encuentra sustento, *mutatis mutandi*, en la STC 16 enero 2006<sup>144</sup>].

## B) Posibles deficiencias en el control de la licitud del interés respecto a los supuestos de violencia de género

### a) ASPECTO OBJETIVO

Álvarez-Sala Walther viene a señalar que el análisis que realiza el registrador respecto del interés del peticionario no parece ser exhaustivo en la práctica<sup>145</sup>, opinión que, por otro lado, es compartida por

<sup>142</sup> Así parece recogerse en MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 21 y 22. Esta tesis es compartida por OROZCO PARDO (se refiere a los derechos fundamentales), quien se apoya en el texto de una sentencia que, por otro lado, no se refería al ámbito del Registro de la Propiedad [STS 3 marzo 1995 (RJ\1995\2292)]. OROZCO PARDO, 2008, p. 145.

También parece sostener esta tesis DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 163. Por su parte, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 142 afirman, aunque refiriéndose al derecho de intimidad, que este no puede servir de pretexto para limitar la publicidad registral en aquellos casos en los que el acceso sea legítimo.

Aunque en otro lugar de este trabajo se explica que no parece del todo claro que el tratamiento de datos personales se base en el artículo 6.1 f) RGPD (remitimos al lector al apartado 6.2 de este trabajo y a la bibliografía que allí se cita), conviene tener en cuenta que este punto se señala que el tratamiento con base en intereses legítimos perseguidos por el responsable tiene como límite el «... que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño» [art. 6.1 f) RGPD].

<sup>143</sup> Parece insinuarse en DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 146. Sigue a estos autores, MORAL MORO, 2010, pp. 231 y 232. Véase, asimismo, Considerando 75 y 76 RGPD.

Sobre la necesidad de proteger la seguridad y la vida de la víctima, véase la bibliografía que se cita en las notas al pie núm. 21 y 64 de este trabajo.

Aunque se trate de un precepto que está pensado para acceder a información obrante en la Administración pública (sobre esta cuestión nos detendremos más adelante), cabe señalar el artículo 15.3 d) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno señala que uno de los criterios a seguir a la hora de ponderar derechos es «la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad...».

<sup>144</sup> (RTC\2006\11). Se trató de un supuesto en el que se denegó a un preso condenado por terrorismo a recibir varios números de una revista por su potencial peligro respecto a la vida y la integridad física de los funcionarios de prisiones. Debe hacerse notar, sin embargo, que, como pondremos de relieve en otro punto de este trabajo, no consideramos que en el caso que nos ocupa se produzca una verdadera afectación del derecho fundamental a recibir información, esto es, el contenido en el artículo 20.1 d) de la Constitución española.

<sup>145</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, pp. 197 y 198. También ÁLVAREZ-SALA WALTHER, cuya opinión fue expresada en un seminario y que quedó recogida por BALLUGERA GÓMEZ. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 10.

Por su parte, MADRID PARRA, cuya tesis fue plasmada por BALLUGERA GÓMEZ, sostiene que la rapidez del tráfico jurídico no puede poner en entredicho la seguridad jurídica. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 12 y 13.

Manrique Plaza<sup>146</sup>. El principal problema reside, según explican los autores anteriormente citados<sup>147</sup>, así como Vivas Tesón<sup>148</sup>, en la brevedad de tiempo establecido para realizar un examen de tal entidad que, según establece la legislación hipotecaria en el caso de las certificaciones (y, como señalan algunos autores, parece que para las notas simples «físicas»)<sup>149</sup>, no podrá «... *exceder nunca del correspondiente a cuatro días por cada finca...*» ex artículo 236 LH, mientras que, como indican Vivas Tesón y Rojo Iglesias, para la solicitud de lo que se califican como notas simples de carácter telemático<sup>150</sup>, «... *el registrador deberá notificar al solicitante en el plazo máximo de veinticuatro horas si autoriza o deniega el acceso*» (art. 222.3 bis LH)<sup>151</sup>.

Teniendo en cuenta que, como indica Vivas Tesón, el Registrador no solo ha de comprobar la identidad del solicitante, sino que, además, debe realizar un juicio sobre los intereses y derechos en juego<sup>152</sup>, se hace muy complicado que pueda tomar una decisión meditada y garantista<sup>153</sup>. Así, Álvarez-Sala Walther no duda en sostener que, en la práctica, no es posible que el registrador examine de forma exhaustiva y pormenorizada el interés de cada uno de los peticionarios, llegando a afirmar que esperar lo contrario supondría un intento «... de poner puertas al campo»<sup>154</sup>.

Del mismo modo, cabe hacer notar que, en función de la materia, se puede presumir el interés en algunos de los supuestos en los que

<sup>146</sup> MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, pp. 392 y 393.

<sup>147</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, pp. 197 y 198; MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, pp. 392 y 393.

<sup>148</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 145; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 174 y 175.

<sup>149</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 145 nota al pie núm. 69; VIVAS TESÓN, 2020, p. 174 nota al pie núm. 70; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1973. También se señala en la Instrucción 5 febrero 1987.

<sup>150</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 145 nota al pie núm. 69; VIVAS TESÓN, 2020, p. 174 nota al pie núm. 70; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1974.

Aunque las reflexiones de GUICHOT REINA viene a recalcar que el artículo 222.10 LH no permite a simple vista hablar de notas simples telemáticas, ya que, según su opinión, la norma parece recondicionarse a la exhibición, para concluir, sin embargo, que el acceso no es al libro pues la información está extractada (al menos, en el caso de los terceros que no son funcionarios). GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1900, 1901 y 1904. MORAL MORO entiende que nos hallamos ante notas simples de carácter telemático, para lo cual se apoya en el artículo 222.9 LH, MORAL MORO, 2010, pp. 260, 262, 263, 268, 269, 270 y 299. Precepto que, en nuestra opinión, parece bastante claro al respecto.

<sup>151</sup> GUICHOT REINA destaca la fugacidad del plazo dado por la legislación. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1905.

<sup>152</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 145; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 174 y 175. Sobre este punto, véase, asimismo, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 198.

<sup>153</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 145; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 174 y 175; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, pp. 197 y 198; MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, pp. 392 y 393.

<sup>154</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, 2009, p. 198.

se solicita una nota simple. Así, el artículo 332.5 RH establece que «dicho interés se presumirá en el supuesto de que la información se solicite a efectos tributarios, de valoraciones inmobiliarias o con finalidad de otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria, con inserción literal si lo requiere el solicitante». Por tanto, cuando se alega el interés con alguno de los fines señalados en el precepto transcrito no parece que pueda existir un examen sobre la verdadera legitimidad del interés<sup>155</sup>.

Partiendo de las deficiencias expuestas, podría darse el caso de que, superando este filtro registral, un maltratador, tras alegar la existencia de un interés legítimo, pudiese acceder a determinados datos personales relativos a la víctima de violencia de género.

#### b') ASPECTO SUBJETIVO

La regla general consistente en la necesidad de alegar la existencia de un interés en las peticiones de información registral parece, al menos a simple vista, verse excepcionada, como indica Orozco Pardo<sup>156</sup>, cuando el peticionario es una «... autoridad, empleado o funcionario público...» (arts. 221 inciso segundo y 222.10 LH) o alguno de los sujetos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 332.3 RH, lo cual ha sido criticado por algún autor<sup>157</sup> y, en cuanto al acceso por parte de funcionarios, por distintos partidos políticos, con mayor o menor rotundidad<sup>158</sup>.

Lo expuesto en el párrafo precedente podría llevar a concluir que, al excepcionar el examen del interés, sería más fácil para cualquiera de los sujetos a los que aluden las normas precitadas acceder a los datos personales obrantes en el Registro y, por ende, los de la

<sup>155</sup> Ello es criticado por la doctrina como se pone de relieve, por ejemplo, en MORAL MORO, 2010, pp. 236 y 295.

<sup>156</sup> OROZCO PARDO, 2008, pp. 136, 137 y 143.

<sup>157</sup> Por citar a alguno de los autores que critican la redacción de la normativa hipotecaria en cuanto a este punto, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 12, 13, 14, 15 y 22. Respecto al inciso segundo del artículo 221 LH, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143.

Hablando de la opinión que señala un sector doctrinal acerca del artículo 222.10 LH, MORAL MORO, 2010, pp. 271 y 272. Sobre el artículo 222.10 LH también se pronuncia GUICHOT REINA, quien llega al extremo de afirmar que podría calificarse el precepto de inconstitucional y contrario a las normas de protección de datos en cuanto a la consulta telemática por parte de autoridades y funcionarios. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1900, 1901, 1903, 1904, 1905 y 1906.

Respecto a la previsión contenida en el artículo 332.3 RH, BASTIDA FREJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 5; VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 84 y 87.

<sup>158</sup> Véanse, respecto a las enmiendas presentadas frente al Proyecto de Ley de Reformas para el impulso de la productividad, enmienda núm. 16.<sup>a</sup> del grupo parlamentario Coalición Canaria, enmienda núm. 65.<sup>a</sup> del grupo parlamentario Popular, enmienda núm. 115.<sup>a</sup> del grupo parlamentario Esquerra Republicana. Accesible en: <https://bit.ly/3JRFQQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

víctima-titular con el consecuente peligro que ello entraña. En este punto conviene traer a colación la reflexión que realiza Martínez Escribano, quien afirma que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en sus pronunciamientos la existencia de extralimitaciones por parte de funcionarios respecto a la cuestión de la protección de datos personales (según la autora, son casos que no están directamente relacionados con el funcionamiento del Registro de la Propiedad)<sup>159</sup>.

No obstante lo anterior, debemos realizar una serie de matizaciones. En primer lugar y en contra de lo que parece sostener algún autor<sup>160</sup> y de lo que se señalaba en la Instrucción de 5 de febrero de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre publicidad en los Registros de la Propiedad<sup>161</sup>, conviene aclarar, con Vivas Tesón<sup>162</sup>, (también se hace notar por parte de la doctrina<sup>163</sup> y algún pronunciamiento relativamente reciente de la

<sup>159</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 15. La autora pone como ejemplo en la nota al pie núm. 7 de la p. citada, la STEDH (Sección 4.ª) 14 abril 2020 (TEDH 2020/50).

<sup>160</sup> BENDITO CAÑIZARES afirma que estos sujetos ni siquiera han de esgrimir los motivos de su petición ni deberán demostrar que esta se adecúa a los objetivos propios del Registro de la Propiedad. BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, p. 3146. Por su parte, GÓMEZ GÁLLIGO sostiene que en estos casos se excepciona la exigencia de interés legítimo, para después señalar que ello no suprime la obligación de hacer constar la causa de la consulta, de un lado, y de que el registrador tenga que declarar si esta se ajusta a la finalidad registral, de otro (aunque, en su opinión, este no debe entrar a analizar el fondo del asunto). GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, pp. 192, 193, 195, 203, 208, 224. MORAL MORO, aunque sostiene que todos estos sujetos no tienen presunción de interés (pero sí de encargo), sigue la tesis de GÓMEZ GÁLLIGO. MORAL MORO, 2010, p. 234. Véanse, asimismo, las pp. 235 y 295 de su trabajo.

Por su parte, GUICHOT REINA viene a afirmar que, con independencia de la presunción de interés respecto a los sujetos a los que nos venimos refiriendo y a las autoridades y funcionarios, estos deben de poner de relieve los motivos por los cuales realizan la petición, sin perjuicio de que exista una presunción de la correspondencia entre la consulta y los objetivos registrales. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1871.

BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ afirman que en este supuesto se presume la existencia de interés. BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 5.

<sup>161</sup> En esta Instrucción se indicaba que «el registrador podrá dispensar la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento, (entidades y organismos públicos, entidades financieras, profesionales del derecho (sic), detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demas (sic) profesionales que desempeñen actividades similares». Del mismo modo, en la RDGRN 12 febrero 2015 (RJ2015/1219) se señaló que «nada obsta a lo anterior que, de acuerdo con la previsión de la Resolución de este Centro Directivo de 5 de febrero de 1987 y del artículo 332 del Reglamento Hipotecario, el registrador haya dispensado de la acreditación del interés cuando la solicitud constituya el objeto específico de las actividades profesionales o empresariales del solicitante o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento...».

<sup>162</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 142 y 143; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 172 y 173.

<sup>163</sup> Por ejemplo, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 87; MORAL MORO, 2010, pp. 234 y 295. De forma muy tímida, pues únicamente aluden a la presunción en cuanto al encargo, de ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 148; de DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1871. Resumiendo la doctrina sentada por la

antigua Dirección General de los Registros y del Notariado en el que se apoya la primera autora citada<sup>164</sup>), los sujetos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 332.3 RH únicamente están exentos de «... acreditar a satisfacción del Registrador el encargo recibido...» (inciso primero art. 332 RH), pero no de que hagan referencia a «... la causa de la consulta y ésta sea acorde con la finalidad del Registro...» (inciso segundo 332 RH); lo cual se traduce en que, en estos casos<sup>165</sup>, se sigue exigiendo la existencia de un interés legítimo<sup>166</sup>.

RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153), MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 463. Los autores también subrayan esta idea en la p. 466 de su trabajo.

<sup>164</sup> RDGRN 30 mayo 2014 (RJ2014\3817); RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153); RDGRN 3 abril 2018 (RJ2018\1497). En estas resoluciones se apoya VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 143, muy especialmente, la nota al pie núm. 63; VIVAS TESÓN, 2020, p. 172, muy especialmente, en la nota al pie núm. 64.

<sup>165</sup> Llama la atención la aparente contradicción entre el supuesto de «... las Entidades y Organismos públicos...» (art. 332.2 RH) y lo dispuesto en los artículos 221 inciso segundo y 222.10 LH. VILLAVERDE MENÉNDEZ comenta en las páginas citadas a continuación que existe una presunción de interés por parte de los entes públicos, pero, al mismo tiempo, sostiene que es necesario acreditar ese interés y que este sea acorde con la finalidad que persigue el Registro de la Propiedad. VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 89 y 90. Dejando a un lado lo poco útil de la existencia de la presunción de interés, para después permitir que el registrador indague sobre el mismo (lo reconoce el propio autor en otro punto de su trabajo, concretamente, en la p. 87; véase, asimismo, VIVAS TESÓN, de manera general sobre la acreditación del interés: VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 143; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 172 y 173), resulta curioso que, según el articulado de la normativa hipotecaria, se permita que los funcionarios de manera individual tengan esa presunción de interés, pero no parezca tenerla un ente público en el sentido amplio de la expresión.

Por su parte, GUICHOT REINA sostiene que, por ejemplo, los órganos judiciales y administrativos que actúen cuentan con presunción, siempre que hagan valer la causa. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1871 y 1872.

MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA parecen sugerir, sin embargo, que los supuestos de solicitud por la Administración deberían de encuadrarse en el artículo 221 LH. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 463 y 464. Lo mismo viene a sostener, nuevamente, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1871 y 1872.

<sup>166</sup> Tal y como se pone de manifiesto en la RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153): «... como ha señalado recientemente este Centro Directivo en su Resolución de 14 de julio de 2016, se presume que ostentan la representación de las personas por cuyo encargo manifiestan actuar, pero sin que ello signifique que no deban especificar el interés legítimo que justifica la solicitud, interés que ha de ser calificado por el registrador. Como tiene declarado este Centro Directivo, la presunción del apartado 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario a favor de determinados profesionales, les exime de acreditar el mandato recibido, pero no supone por sí sola una demostración o prueba de la existencia del interés legítimo, debiendo acreditarse tanto la cualidad de profesional del peticionario como la causa de la consulta, que debe ser acorde con la finalidad del Registro, tal y como dispone el propio precepto legal invocado en su inciso final». En casi idéntico sentido, RDGRN 3 abril 2018 (RJ2018\1497). Véase, asimismo, en cuanto al último de los argumentos de la resolución transcrita, la RDGRN 30 mayo 2014 (RJ2014\3817).

En estas resoluciones se apoya VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 143, muy especialmente, la nota al pie núm. 63; VIVAS TESÓN, 2020, p. 172, muy especialmente, en la nota al pie núm. 64. También parece apuntarse en VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 87; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 466. Estos dos últimos autores también subrayan esta idea en la p. 463 de su trabajoresumiendo la doctrina sentada por la citada RDGRN 23 enero 2018 (RJ2018\153). Por su parte, DE

No ocurre lo mismo, sin embargo, con las peticiones realizadas por «... autoridad, empleado o funcionario público...» (arts. 221 inciso segundo y 222.10 LH), ya que, en estos casos, sí que existe una presunción del interés<sup>167</sup>. No parece,

ANGULO RODRÍGUEZ habla de la «presunción del encargo». DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 171.

Del mismo modo, merece la pena reproducir otro de los argumentos expuestos en la RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817), donde se indica que «... la registradora, en el ámbito de su calificación, para considerar justificado ese interés no solo debe apreciar la literalidad de la causa aducida, sino también su congruencia con el resto de datos que se le proporcionen al requerir la información, de forma que la mera mención de un motivo, aun cuando sea de los considerados ajustados a la finalidad registral, aisladamente considerado no podrá dar lugar a la inmediata obtención de la nota simple solicitada, sino que será el análisis conjunto de todas las circunstancias que consten en la solicitud, el que determinará tanto la apreciación del interés alegado como la extensión de los datos que, a su juicio y bajo su responsabilidad, facilite la registradora al peticionario de la información». Esta doctrina se reproduce en casi idéntico sentido en las RRDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063); 23 enero 2018 (RJ\2018\153); 27 febrero 2018 (RJ\2018\813); 3 abril 2018 (RJ\2018\1497) y en la RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

<sup>167</sup> Así, se afirma que «solo se presume el interés, conforme al artículo 221 de la Ley Hipotecaria, respecto de toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo». RRDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817), 23 enero 2018 (RJ\2018\153) y 3 abril 2018 (RJ\2018\1497). De forma más tímida, RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813).

Aunque se trate de una previsión normativa, este fenómeno (presunción de interés de los funcionarios) es subrayado especialmente por MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 12, 13 y 15; OROZCO PARDO, 2008, p. 122; MORAL MORO, 2010, pp. 236, 237, 271, 272, 295, 296 y 300. VIVAS TESÓN con apoyo en dos de las resoluciones citadas en esta misma nota al pie [RRDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817) y 23 enero 2018 (RJ\2018\153)], VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 140 y 143 nota al pie núm. 64; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 169 y 173 nota al pie núm. 65.

En la RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817) se señala respecto al interés que «... ha de ser un interés conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el artículo 221.2 presume dicho interés)». Esta tesis se reproduce de manera casi idéntica en las RRDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219), 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063), 23 enero 2018 (RJ\2018\153), RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813) y 3 abril 2018 (RJ\2018\1497).

Hay quien, sin embargo, sostiene que la presunción del interés no exime de la necesidad de que la petición se ajuste a las finalidades de la institución registral. Así, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 464. Por su parte, GUICHOT REINA sostiene que la presunción consiste precisamente en estimar que la consulta sea acorde a las finalidades del Registro. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1871.

En parecido sentido, algunos autores consideran que, al menos, sería necesario que los funcionarios adujesen el motivo de la consulta. Así, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 143 y 148. También parece desprenderse, asimismo, de lo señalado en el trabajo de DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171. También, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1871 y 1872.

En contra parece pronunciarse, muy tímidamente, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 15, quien considera que no es necesario hacer valer ningún motivo. Por su parte, ROJO IGLESIAS sostiene que basta con alegar el motivo, pero que debe requerirse que el registrador indague sobre el mismo. ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1980.

MORAL MORO señala que el precepto no es claro en cuanto a este punto, aunque destaca que la doctrina suele apoyar la necesidad de alegar un motivo ante el registrador. MORAL MORO, 2010, pp. 236 y 295.

por tanto, imposible que exista una *fuga* de datos de la víctima cuando el peticionario de la información registral desempeña una función pública.

Es cierto que, como advierte Guichot Reina<sup>168</sup>, la normativa hipotecaria ha previsto diversas cautelas respecto al acceso a la información registral por parte de los sujetos a los que nos referimos en el párrafo anterior, entre las que pueden citarse<sup>169</sup> la exigencia de que el mismo actúe dentro del marco del ejercicio de sus funciones (inciso segundo art. 221 y art. 222.10 LH)<sup>170</sup> y, respecto al acceso telemático, de un lado, la obligación de que el peticionario se identifique como funcionario, autoridad o empleado público<sup>171</sup> y de que, en su caso, se responsabilice de la consulta<sup>172</sup> y, de otro, la imposibilidad de acceso al Índice de Personas sin la oportuna intermediación del registrador<sup>173</sup> (todo ello en el art. 222.10 LH). Del mismo modo, hay quien sostiene que, en estos supuestos, debe seguir existiendo un tratamiento de los datos por parte del registrador<sup>174</sup> (lo cual podría encontrar

<sup>168</sup> GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, pp. 1905 y 1906.

<sup>169</sup> GUICHOT REINA subraya dos de ellas de manera específica (responsabilidad por el acceso basado en sus funciones y la imposibilidad de acceso al Índice de Personas sin la paralela intermediación del registrador). GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, pp. 1905 y 1906. Aunque después se refiere de manera, más o menos indirecta, a otras garantías en su trabajo como se verá en la bibliografía que se señala de este autor en las siguientes notas al pie de este trabajo.

<sup>170</sup> Aunque se trata de una previsión recogida en la ley, se hace especial hincapié respecto de esta limitación en, por ejemplo, MORAL MORO, 2010, pp. 237, 273, 295, 296 y 300; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1973; MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, pp. 393 y 395; OROZCO PARDO, 2008, p. 137; GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, pp. 1894 y 1903. Este último autor apunta, asimismo, que debería comprobarse que la actividad que desempeña el funcionario o autoridad esté conectada con el acceso a los datos obrantes en el Registro de la Propiedad. GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1907.

<sup>171</sup> Siendo una cuestión recogida en la legislación, esta prevención normativa es subrayada por, entre otros, MORAL MORO, 2010, pp. 271, 295 y 296; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 458 y 464; MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, pp. 393, 399 y 400; GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, pp. 1894, 1895, 1903 y, de manera algo más tímida, p. 1907; OROZCO PARDO, 2008, p. 137.

<sup>172</sup> Nuevamente, aunque se trate de una previsión normativa, esta especial garantía es subrayada por, entre otros, MORAL MORO, 2010, pp. 271, 273 y 300; GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, pp. 1894, 1903, 1905 y 1906, MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, pp. 393 y 395.

<sup>173</sup> Estando regulada esta cuestión en las normas, se recalca especialmente esta limitación en, por ejemplo, MORAL MORO, 2010, pp. 237, 271, 272, 273 y 300; MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, pp. 393 y 399; GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, pp. 1894 y 1906.

<sup>174</sup> MORAL MORO, 2010, pp. 265, 266, 272, 273, 298, 299 y 300. Se deduce también de MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 13. DE ANGULO RODRÍGUEZ sostiene que la posibilidad de permitir el acceso telemático directo sin intermediación va en contra de la normativa de protección de datos (téngase en cuenta que se refiere a la normativa anterior) para después subrayar que el acceso de los funcionarios será a la información extractada. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 159 y 161.

No parece mostrarse favorable a esta idea MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, p. 395. Por su parte, GUICHOT REINA sostiene que el artículo 222.10 LH no es claro en

sustento en lo dispuesto en el art. 332.2 RH al disponer que «*se prohíbe el acceso directo, por cualquier medio, a los libros, ficheros o al núcleo central de la base de datos del archivo del Registrador...*») <sup>175</sup>, extremo al que nos referiremos en el próximo epígrafe.

No obstante, nos parece que, al no poder hablarse de un verdadero y propio examen del interés por parte del registrador <sup>176</sup>, los datos personales de la víctima y, por ende, su propia seguridad encuentran un potencial riesgo debido a la configuración de la normativa actual <sup>177</sup>.

---

cuanto a este punto, pero parece entender que se permite el acceso a cualquier dato obrante en el Registro de la Propiedad. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1900 y 1904. Aunque después el mismo autor señala en la p. 1877 de su trabajo que, en relación con la exhibición de los libros, debería existir un tratamiento profesional con independencia de que se presuma o no el interés.

<sup>175</sup> En este sentido, VIVAS TESÓN, aunque se refiere más bien a los archivos, aclara que ese «cualquier medio» incluye el acceso telemático. VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 141; VIVAS TESÓN, 2020, p. 171.

<sup>176</sup> Sobre el acceso telemático, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1903, 1904 y 1906. Hablando de forma general del artículo 222.10 LH y de una corriente doctrinal concreta, MORAL MORO, 2010, pp. 272. Véase también MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 12 y 13. Así, se señala que el registrador debería examinar (calificar) el interés. DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143.

<sup>177</sup> GUICHOT REINA, aunque no se refiere en este punto a los supuestos de violencia de género, afirma en relación con el acceso telemático por parte de autoridades y funcionarios que ello entraña un peligro debido a la posible utilización indebida de datos. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1904. El citado autor apunta algo similar en cuanto al riesgo en la p. 1905 de su trabajo.

MORAL MORO, por su parte, señala que la interdicción de acceso sin intermediación del registrador al índice de Personas se debe, entre otras cuestiones, a razones de «seguridad personal». MORAL MORO, 2010, p. 273.



## 5.2 EL PRINCIPIO DE «MINIMIZACIÓN DE DATOS» Y EL «TRATAMIENTO PROFESIONAL» DE LOS MISMOS

La legislación hipotecaria (incisos 1, 2 y 4 del art. 222 LH<sup>178</sup>, así como el art. 233 LH<sup>179</sup>; apartados 1, 4, 5 y 6 del art. 332 RH<sup>180</sup>) viene a imponer que, en aquellos supuestos en los que proceda la revelación de datos registrales, la puesta en conocimiento de los mismos deberá limitarse a los que sean estricta y realmente necesarios para satisfacer los intereses del peticionario<sup>181</sup>. Esta máxima puede

<sup>178</sup> En el primer apartado se establece que «los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación». Por su parte, el segundo inciso del precepto señalado en el texto principal, reza «la manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación, mediante el tratamiento profesional de los mismos, de modo que sea efectiva la posibilidad de publicidad sin intermediación, asegurando, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado». En cuanto al cuarto inciso, en el mismo se indica que «la obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal implica que la misma se exprese con claridad y sencillez, sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales a instancia de autoridad judicial o administrativa o de cualquier interesado». El subrayado de los apartados es nuestro.

<sup>179</sup> «Los Registradores, previo examen de los libros, extenderán las certificaciones con relación únicamente a los bienes, personas y períodos designados en la solicitud o mandamiento, sin referir en ella más asientos ni circunstancias que los exigidos, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo doscientos treinta y en el doscientos treinta y cuatro; pero sin omitir tampoco ninguno que pueda considerarse comprendido en los términos de dicho mandamiento o solicitud». El subrayado es nuestro.

<sup>180</sup> A continuación se transcriben los apartados mencionados con el subrayado por nuestra parte de los aspectos que resultan interesantes para nuestro estudio. Así, «1. los Registradores pondrán de manifiesto en la parte necesaria el contenido de los libros del Registro...»; «4. La manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación, mediante el tratamiento profesional de los mismos...»; «5. La nota simple, informativa consistirá tan solo en un extracto sucinto del contenido de los asientos vigentes relativos a la finca objeto de manifestación [...] La nota simple, deberá reflejar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse más allá de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante...»; «6. (Anulado). La obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal implica que la publicidad se exprese con claridad y sencillez, y solo incluirá los datos previstos en el inciso primero del apartado 5, sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales de la parte necesaria del contenido del Registro, a instancia de autoridad judicial o administrativa o de cualquier personal, que tenga interés legítimo en ello...».

<sup>181</sup> Ello se puso igualmente de manifiesto en la Instrucción de 17 de febrero de 1998, donde se señaló que «los Registradores serán responsables de que la publicidad formal refleje fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante». En la misma Instrucción también se afirmó que «los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, al dar conocimiento del contenido del Registro, en la parte necesaria, a las personas que lo soliciten, por nota simple o por certificación, lo harán, en todo caso, mediante el tratamiento profesional de la información, de modo que resulte expresada con claridad y sencillez y se excluyan los datos que carezcan de trascendencia jurídica, siendo efectiva la posibilidad de publicidad sin necesidad de intermediación».

También se había señalado en su día en la Instrucción de 29 de octubre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre medios técnicos en materia de

reconducirse a lo que en la normativa comunitaria se conoce como principio de «minimización de datos»<sup>182</sup> o, lo que es lo mismo, que «los datos personales serán: [...] c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados...» [art. 5.1 c) RGPD]<sup>183</sup>. En este sentido, el registrador, bautizado por la doctrina mayoritaria como responsable de los datos<sup>184</sup>, puede incurrir en las sanciones que se prevén en la LOPD si suministra más datos de los que son necesarios para cumplir con la petición

---

comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus archivos, donde se apuntaba que «la obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal, excluye la manifestación de los datos carentes de trascendencia jurídica, e implica que la publicidad formal se exprese con claridad y sencillez, sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales...».

<sup>182</sup> Se alude a este principio: Considerando 156, artículos 5. 1 c), 25.1, 47.2 d) y 89.1 RGPD. Según VALDÉS DÍAZ, en Latinoamérica se habla, más bien, del principio de necesidad. VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 377.

<sup>183</sup> Véase, asimismo, Considerando 39 RGPD.

<sup>184</sup> Casi la totalidad de la doctrina considera que el registrador ocupa la figura de responsable de los datos. Defienden esta postura, entre otros, MORAL MORO, 2010, pp. 203, 204, 206, 213, 218, 219, 276, 290, 292, 302; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 456 y 457; GÓMEZ GÁLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 199; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 151, 153, 154, 155; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1869 y 1903; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 8 y 13; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 132; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 160 y 161; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 92; OROZCO PARDO, 2008, pp. 122, 140, 141, 142 y 145; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 139, 140 y 141. TAUS no se refiere directamente al registrador, pero señala que el Registro de la Propiedad, como institución, es el responsable de controlar los datos. TAUS, 2017, p. 740. En un seminario, según destaca BALLUGERA GÓMEZ, OROZCO PARDO calificó al registrador como responsable del fichero. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 6.

Por su parte, ROCA TRÍAS considera que el registrador desempeña, más bien la función del encargado del tratamiento, mientras que el responsable sería el propio Registro de la Propiedad. ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 312; ROCA TRÍAS, 2017, p. 685. Esta tesis (encargado del tratamiento) parece ser compartida por MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA para el caso de la liquidación de impuestos. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 464 y 465.

MANRIQUE PLAZA hace una mención conjunta de la figura del encargado y la del responsable, por lo que podría estar refundiendo, al menos aparentemente, ambas figuras en una para referirse a la función que desempeña el registrador. MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 383.

La antigua Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado en alguna de sus resoluciones que el registrador, al ser el responsable del Registro de la Propiedad, debe ocuparse del tratamiento de los datos [RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018/813); también RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021/238357)].

Habría que tener en cuenta que, en cuanto al tratamiento de datos que pueda tener como consecuencia el uso de la página web del Registro, el Colegio de Registradores recuerda que el responsable, en este caso sería el propio Colegio de Registradores. Accesible en: <https://bit.ly/3MrG84o> (Página consultada por última vez el 23 de abril de 2022). BENDITO CAÑIZARES va más allá y parece afirmar que este órgano será siempre el responsable del tratamiento de los datos. BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, pp. 3149. Por su parte, DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 154 afirma que, en los supuestos de acceso telemático, el Colegio es encargado del tratamiento. También DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 141. MORAL MORO parece adherirse a la tesis de estos autores en MORAL MORO, 2010, p. 202 nota al pie núm. 17.

de publicidad formal [apartados a) y, quizás, d) del art. 72.1 LOPD en relación con el art. 5.1 RGPD]<sup>185</sup>.

Sentado lo anterior, cabe destacar que, a pesar de lo establecido en el artículo 222.6 LH<sup>186</sup>, el funcionamiento la propia institución registral hace que lo que se califica como «*el tratamiento profesional*

<sup>185</sup> Aunque no se refiere a la normativa actual, DE ANGULO RODRÍGUEZ estima que, en ciertos casos, el registrador podía ser sancionado a través de, por ejemplo, las infracciones previstas en los apartados 3 g) y 4 b) del artículo 44 de la LOPD de 1999. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 151 y 162. También DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 149 y 151. Debe destacarse que el mencionado apartado 4 b) es muy similar al artículo 72.1 d) de la norma actual y también se relaciona con alguno de los principios del artículo 5.1 RGPD y, por ende, con el artículo 72.1 a) de la vigente LOPD. Por su parte, MORAL MORO también sostuvo, en cuanto a la legislación anterior, que el registrador era responsable conforme al artículo 43 LOPD 1999, pudiendo incurrir en infracciones de carácter grave. MORAL MORO, 2010, pp. 204, 213 y 246.

De modo general, sobre la responsabilidad y aplicación de las sanciones de la anterior LOPD, OROZCO PARDO, 2008, pp. 142 y 144-146. También entiende que al registrador se le aplican sanciones, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 135; VIVAS TESÓN, 2020, p. 164.

Refiriéndose al artículo 18 LH, BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, pp. 3146 y 3147. También VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 145; VIVAS TESÓN, 2020, p. 174.

Sobre la responsabilidad de los registradores en la legislación anterior, GÓMEZ GÁLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, pp. 192 y 200.

MARTÍNEZ ESCRIBANO considera que la responsabilidad resulta desmesurada si se tiene en cuenta la paupérrima regulación de la materia. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 13 y 14.

Aunque se refieren al supuesto en el que el registrador revele datos para una finalidad distinta de la que consintió el titular, BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ consideran que el registrador puede responder por las sanciones contenidas en la LOPD. BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 4. Se entiende que la LOPD vigente en aquel momento. En igual sentido, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 134 y 135; VIVAS TESÓN, 2020, p. 164.

Conviene destacar que GIMENO SENDRA ya se planteó hace años esta cuestión al preguntarse si los registradores de la propiedad debían responder en aquellos casos en los que la expedición de información registral afectase negativamente a la intimidad. GIMENO SENDRA, 1998, pp. 205 y 206.

Sin referirse específicamente a la cuestión de protección de datos, sostiene que el registrador es responsable tanto en lo que se refiere a la calificación que se produce al acceder los datos al Registro como en el momento de su publicación. MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008, 2.ª ed., p. 44.

GUICHOT REINA se plantea si la sanción se aplicará como consecuencia de lo dispuesto en la LOPD o LH. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1883, 1905 y 1906. Téngase en cuenta que el trabajo es anterior a la entrada en vigor de la LOPD vigente.

OROZCO PARDO sostuvo que era necesario plantearse si los registradores debían responder civilmente por la conculcación de la normativa de protección de datos. Esta opinión fue plasmada en BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 6. También lo señala de manera similar en OROZCO PARDO, 2008, p. 146.

NOBLIA se refiere a la responsabilidad profesional de los sujetos que trabajan en el Registro a la hora de custodiar los datos, no obstante, entendemos que, al aludir al sistema registral uruguayo, las reflexiones que expone la autora no pueden trasladarse de manera automática al campo registral español. NOBLIA, 2017, p. 622.

<sup>186</sup> La norma indica que «*los Registradores, al calificar el contenido de los asientos registrales, informarán y velarán por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal*».

de la información»<sup>187</sup> o depuración<sup>188</sup> se lleve a cabo, como recalca especialmente Álvarez-Sala Walther<sup>189</sup> (quien parece partir de ciertas reflexiones de Méndez González)<sup>190</sup>, en el punto «salida» de los mismos mediante la solicitud de publicidad y no en el punto de «entrada» a partir del acceso al Registro tras la calificación positiva del registrador<sup>191</sup>. Dejando a un lado la discusión acerca del mare-mágnum de datos personales que acceden al Registro de la Propiedad<sup>192</sup>, fenómeno que, por otro lado, tiene su fundamentación, como

<sup>187</sup> Expresión empleada en la Instrucción de 17 de febrero de 1998. Por ejemplo, el tratamiento es definido por MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, como la censura de datos personales mediante su oportuna supresión o a través de su ocultación mediante tachón. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 471.

<sup>188</sup> Se emplea este término, por ejemplo, en DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143; MORAL MORO, 2010, pp. 251 y 297; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 155 y 164. Este último autor habla del proceso por el cual se separan los datos puramente personales de los datos de carácter netamente real. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 164 y 165. También se señala en DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 143. Esta tesis parece ser compartida por MORAL MORO, 2010, pp. 251, 260 y 297.

NOBLIA, por ejemplo, aunque se refiere al sistema registral uruguayo (con distinto funcionamiento al nuestro) emplea el término «limpieza». NOBLIA, 2017, p. 616.

<sup>189</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 199.

<sup>190</sup> Véase, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 193. Así, el mencionado autor se basa en las ideas expuestas en el trabajo MÉNDEZ GONZÁLEZ, 1996, 1.ª ed., pp. 35 y 36, quien sostiene que existe una tanto una calificación a la «entrada» como otra a la «salida». Aunque ÁLVAREZ-SALA WALTHER se apoya en la edición del año 1996, debe señalarse que existe una edición más reciente: MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008, 2.ª ed., pp. 43 y 44.

<sup>191</sup> Especialmente, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 199, pero también pp. 197, 198, 200, 202. Véase, asimismo, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 133, 139, 152, 153 y 154; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 162, 168, 182, 183 y 189. Por ejemplo, VALDÉS DÍAZ parece criticar esta situación. VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 381. De forma similar, BALLUGERA recoge la opinión vertida por ÁLVAREZ-SALA WALTHER en un seminario BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 10.

MANRIQUE PLAZA sostiene que es poco lógico que se hagan dos controles (momento de la calificación registral, de un lado, y expedición de la publicidad formal de otro). MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, p. 390.

Por su parte, GIMENO SENDRA considera que también ha de existir un control de los datos en el momento de la inscripción. GIMENO SENDRA, 1998, pp. 220 y 221.

MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA sostienen que el control de los datos se da tanto en el acceso de datos como en el momento de la publicidad. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 456. Respecto al momento de la calificación, MORAL MORO, 2010, pp. 212, 213 y 291; ORTIZ FERNÁNDEZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, p. 301 nota al pie núm. 27.

Por su parte, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 145 subrayan que, atendiendo a la configuración actual del Registro de la Propiedad español, es mejor optar por el tratamiento de los datos a la «salida» y no impedir el ingreso de los datos. Algo similar parece apuntarse en DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 158, sin perjuicio de que después, en la p. 154 de su trabajo, subraye que existe una calificación que se produce tanto en la «entrada» de los datos como en la «salida» de los mismos.

<sup>192</sup> Sobre este debate, pueden consultarse, entre otros, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Diario La Ley*, 2021, p. 2; VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 381; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 130, 133, 137, 139, 152, 153 y 154; VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, p. 70 nota al pie núm. 8; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 159, 162, 166, 168, 182, 183, 184 y 185. MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, pp. 382, 386, 387, 388 y 393, DE ANGULO

recuerda de Angulo Rodríguez<sup>193</sup>, en los imperativos contenidos en la normativa hipotecaria vigente<sup>194</sup> (en especial, en el art. 9 LH y 51 RH)<sup>195</sup>, nos preguntamos si ese tratamiento permite proteger de forma eficaz a todos aquellos sujetos que se encuentran amenazados en los términos del artículo 222.11 LH o, en otras palabras, ¿por qué se requiere de un procedimiento específico de tutela si ya el registrador realiza una depuración de todos aquellos datos personales que no sean estrictamente necesarios para colmar el interés del solicitante?

Bajo, nuestro punto de vista, existen dos posibles fisuras de seguridad en el tratamiento profesional de los datos personales de las víctimas de violencia de género.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, debemos aludir, nuevamente, al interés. Ya hemos señalado que los datos que se revelan son solamente aquellos que sirven al interesado respecto a una petición de carácter patrimonial. Estos datos, no son, evidentemente, objeto de depuración, sino que, por el contrario, son puestos en conocimiento del peticionario. No obstante, como subraya Gómez Gállego, a veces el interés permite acceder solo a parte de la información registral, mientras que, en otros supuestos, se deniega la

---

RODRÍGUEZ, 2008, pp. 158 y 172; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 4 ss. y 17; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, pp. 197, 198, 199, 200, 202; GIMENO SENDRA, 1998, pp. 220 y 221; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1876. También en BALLUGERA GÓMEZ se recoge la opinión vertida por ORTÍ VALLEJO en un seminario, quien señala que el Registro de la Propiedad contiene más datos de los que debería, de modo que el autor defiende la idea de limitar el acceso a los asientos. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 12. En el mismo trabajo, BALLUGERA GÓMEZ también recoge la opinión de DE ANGULO, quien, asimismo, entiende que acceden muchos datos personales al Registro de la Propiedad (p. 7).

Por su parte, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA afirman que el Registro de la Propiedad calificarse como una auténtica «... base de datos...». MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 452.

<sup>193</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 158.

<sup>194</sup> En parecido sentido, MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, p. 388; MORAL MORO, 2010, pp. 212, 214, 253, 289, 291 y 292. La tesis de esta última autora parece ser seguida por VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 151; VIVAS TESÓN, 2020, p. 182.

<sup>195</sup> Véanse MORAL MORO, 2010, pp. 208 y 209; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 73 nota al pie núm. 13 y también pp. 74-77; ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, pp. 313 y 314; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 686 y 687; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 153, 155 y 157; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 141. Se adhiere a la tesis de los dos últimos trabajos citados (los preceptos regulan los datos que quedan incluidos en el Registro fichero de datos), GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1883 y 1884.

Sin mencionar específicamente los preceptos, BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 2.

Con respecto al artículo 51 RH, véanse MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 4 y 5; MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, p. 388; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 152; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 182 y 183.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER señala que el artículo 51 RH no ayuda a eliminar datos innecesarios del Registro de la Propiedad y que el contenido que impone el artículo 9 LH debería reducirse conforme a la normativa de protección de datos. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, pp. 200 y 201.

publicidad registral en su conjunto<sup>196</sup>. Bajo nuestro punto de vista, la anterior reflexión se traduce en que si hay un verdadero interés (controlado por el registrador) habrá publicidad, sin perjuicio de que se tengan que extremar precauciones en el momento del tratamiento profesional<sup>197</sup>. Ello no choca con la normativa de protección de datos, pues, como indica expresamente el artículo 332.5 RH (aunque solo se refiere de manera específica a la nota simple) la información registral no podrá «... extenderse más allá de lo que

<sup>196</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 195 y, de modo similar, pp. 200, 201, 224 y 225. También MORAL MORO, 2010, pp. 232, 237 y 297. En parecido sentido, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 68 y 69.

Aunque parezca obvio, ROJO IGLESIAS afirma que cabe limitar el acceso a una determinada información registral al tiempo que se dan a conocer otros datos. ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969.

Por su parte, GUICHOT REINA ya afirmaba que existía una conexión entre la proporcionalidad de los datos y el interrogante de si se podían dar a conocer todos ellos. GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1875.

Del mismo modo, conviene tener en cuenta que en la STSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 22 enero 2001 (JUR\2001\56162), el tribunal se mostró de acuerdo con la siguiente afirmación de la parte demandada: «... el Registrador ha de excluir de la publicidad los datos carentes de trascendencia jurídica., (sic) siendo así que no siempre existe interés por parte del solicitante de la información respecto de todos los datos que obran en el Registro de la Propiedad...».

<sup>197</sup> A contrario sensu, MORAL MORO afirma que los datos se omitirán cuando no exista verdadero interés en conocerlos (por no estar conectados a ninguna finalidad registral). MORAL MORO, 2010, pp. 249 y 250. Esta idea se repite, en mayor o menor medida, a lo largo del trabajo de la precitada autora (pp. 214, 219, 241, 242, 248, 253, 291 y 296). Del mismo modo, MORAL MORO subraya, en relación con el examen del interés legítimo, que el interés no solo debe ajustarse a las finalidades del Registro de la Propiedad, sino también respetar la normativa de protección de datos. MORAL MORO, 2010, pp. 237 y 294.

A mayor abundamiento, véase, asimismo, GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 225. Aunque de forma menos contundente, BASTIDA FREJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ sostienen que la forma de determinar si un dato se puede conocer o no es analizando el interés como viene a desprenderse del artículo 332.5 RH. BASTIDA FREJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 6. De forma idéntica, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 82 nota al pie núm. 16. De forma más tímida, sin pronunciamiento directo sobre el interés, OROZCO PARDO, 2008, p. 142.

Por su parte, GUICHOT REINA sostiene que solo podrán darse a conocer los datos sobre los que existe interés (finalidad), lo cual queda conectado, en su opinión, con la depuración registral. GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1875.

MARTÍNEZ ESCRIBANO también entiende que primero deberá examinarse el interés y una vez se haya despejado la duda sobre la existencia del mismo es cuando el registrador tiene que depurar los datos. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 16. Recuérdese que, aunque se refiere a la existencia de tres exámenes o fases de análisis, también se sigue este planteamiento en la RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497); RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357).

No terminamos de compartir el planteamiento expuesto en, por ejemplo, la RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063), según el cual «aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, será el registrador el que decida qué datos, por tener la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto, deberán quedar excluidos de la información suministrada». En igual sentido se pronuncian: MARTÍNEZ GARCÍA, E., y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, C., 2021, p. 460. De forma algo más tímida, parece que, según recoge BALLUGERA GÓMEZ, DE ANGULO sostiene que los datos personales que puedan ser calificados de sensibles deben ser objeto de censura a la hora de dar a conocer la información registral. DE ANGULO en un seminario, véase BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 8.

sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante», debiendo recordar, asimismo, que el interés no podrá ser contrario a derecho, lo que incluye, desde luego, a las normas que garantizan la protección de datos personales<sup>198</sup>.

Por tanto, entran aquí en juego los problemas relacionados con la constatación del interés legítimo a los que nos referimos en el apartado anterior. De este modo, nos remitimos a todo lo allí expuesto, debiendo subrayar, sin embargo, la reflexión de Martínez García, y Miquel Lasso de la Vega, quienes afirman, con apoyo en una RDGRN 27 febrero 2018 (RJ 2018\813) que, al no existir un listado de datos que deban omitirse, el registrador de la propiedad deberá tomar la decisión en cuanto a la omisión de los datos<sup>199</sup>. Esta última reflexión debe ser matizada, sin embargo, respecto al caso concreto de la adopción judicial de medidas de apoyo de las personas con discapacidad *ex art. 222. 9 LH*<sup>200</sup>.

La segunda fisura que encontramos, se proyecta, en cambio, sobre los tipos de publicidad formal que se manifiestan a través de lo que Gimeno Sendra califica como la «potestad de instrumentación» del registrador<sup>201</sup>. Como señala, por ejemplo, Roca Trías, los tres mecanismos de publicidad existentes son: a) la exhibición (art. 222.1 LH), b) la certificación (art. 223 LH) y c) la nota simple (art. 222.2 LH)<sup>202</sup>. Cualquiera de los medios de publicidad

<sup>198</sup> Recuérdese que, como comentaba MORAL MORO, para que el interés sea legítimo es necesario que no contravenga la protección de datos. MORAL MORO, 2010, pp. 237 y 294.

<sup>199</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 469. En sentido similar, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 152 y 153; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 183 y 189. En las páginas mencionadas, VIVAS TESÓN destaca que sería conveniente que se recogiera normativamente esta cuestión. También comparte esta última opinión, en mayor o menor medida, por ejemplo, DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 172.

<sup>200</sup> Véase la opinión de OLIVO IZQUIERDO, 2021, quien en el blog *Notarios y Registradores* señala que en las notas simples no puede incluirse el dato de la adopción judicial de una medida de apoyo. Accesible en: <https://bit.ly/3L5tYO9> (Página consultada por última vez el 21 de marzo de 2021).

<sup>201</sup> GIMENO SENDRA, 1998, p. 221.

<sup>202</sup> ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 318; ROCA TRÍAS, 2017, p. 692. Véase, asimismo, DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 159 ss.; GIMENO SENDRA, 1998, p. 221; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 461 y 462; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1877 y 1878; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 141; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 170 y 171; ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1966. De forma más tímida, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1877.

Refiriéndose a la exhibición y a la manifestación, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 12; MORAL MORO, 2010, pp. 253 y 297. GÓMEZ GÁLLIGO entiende, en cambio, que ha de hablarse de certificación, de un lado, y manifestación, de otro (exhibición y nota simple). GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, pp. 207 nota al pie núm. 14 y 225 (el autor hace un estudio jurisprudencial sobre los medios de publicidad, por lo que se recomienda la lectura de las pp. 205 ss.). También se hace alusión a la exhibición y a la nota simple como formas de publicidad en, por ejemplo, la Instrucción de 17 de febrero de 1998.

En la STS 7 junio 2001 (RJ2001\6236), por ejemplo, se señala que los medios de publicidad son la exhibición, de un lado, y las notas simples y certificaciones, de otro. Algo

anteriormente citados se somete al tratamiento profesional de los datos personales obrantes en el Registro de la Propiedad.

En el caso de la exhibición de los libros, se presentará al petionario una fotografía o fotocopia que le será retirada tras la consulta y en la que los datos personales sin interés jurídico se hallarán sombreados<sup>203</sup>. Por su parte, nuestro sistema registral garantiza el respeto a la protección de datos en los supuestos de expediciones de certificaciones y de notas simples, ya que, como explican Martínez Escribano y Moral Moro, aquí también el registrador lleva a cabo las tareas que le son propias en cuanto al tratamiento profesional de los datos *ex* artículo 222.2 LH<sup>204</sup>.

---

similar se señala en la STS 12 diciembre 2000 (RJ\2001\552). Siguiendo esta línea, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 150; MORAL MORO, 2010, pp. 253 ss.

Por su parte, DE REINA TARTIÈRE entiende que, en esencia, la forma de publicidad son las certificaciones y las notas simples. DE REINA TARTIÈRE, *La Notaria*, 2012, pp. 60, 61 y 64.

<sup>203</sup> Ideas que se deducen de la lectura sistemática de DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 159 y 161; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 150; MORAL MORO, 2010, pp. 254, 256, 258, 297 y 298; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 12, 14 y 22; GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1877; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 462 y 471; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 141 nota al pie núm. 59; VIVAS TESÓN, 2020, p. 170 nota al pie núm. 59.

Aunque reconocen la posibilidad de que se realice la exhibición a través de fotocopia, también se refieren a la posible exhibición directa, entre otros, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 80; GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, pp. 218 y 225. Tímidamente, MORAL MORO, 2010, pp. 254, 255, 256, 257, 258, 297 y 298. De manera aún más tímida, DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 159; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 150. Del mismo modo, la STSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 22 enero 2001 (JUR\2001\56162) insiste en la posibilidad de exhibición de los libros, aunque añade que ello será cuando el registrador verifique que no hay datos que afecten a la intimidad, lo cual parece un poco complejo teniendo en cuenta los datos que acceden a los libros.

Con respecto a la discusión sobre el tratamiento en el acceso telemático por parte de funcionarios, véase la bibliografía citada en la nota al pie 174 de este trabajo.

Por su parte, la RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813) viene a señalar que «... el Centro Directivo optó por permitir al registrador cumplir con la obligación, a su elección, mediante la exhibición física del libro correspondiente o con exhibición de fotocopia, en la posterior de 17 de febrero de 1998, ordenó en su acuerdo segundo que la exhibición de los libros sea exclusivamente por medio de fotocopia de los asientos, fotocopia que no podrá ser retirada por el interesado y cuyo contenido no podrá ser copiado de conformidad con las previsiones del artículo 334 del Reglamento Hipotecario (en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por el 1867/1998, de 4 de septiembre, pero cuya finalidad de evitar la manipulación física e incorporación del contenido del Registro a bases de datos subsiste en el número 2 del artículo 222 de la Ley Hipotecaria y en los números 2 y 4 del artículo 332 del propio Reglamento)». En este sentido, véase la Instrucción a la que se hace referencia en la citada resolución. También se hacía alusión a la exhibición por fotocopia y posterior retirada en la Instrucción 5 de febrero de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre publicidad en los Registros de la Propiedad.

<sup>204</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 12, 14 y 22; MORAL MORO, 2010, p. 258. Aunque se trata de una previsión normativa, también se subraya esta cuestión, de forma general, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 149.



No obstante lo anterior, puede surgir, en nuestra opinión, un concreto problema de seguridad respecto a la expedición de notas simples, ya que la legislación hipotecaria prevé que está deberá tener un contenido mínimo. De este modo, el apartado 5.º del artículo 222 LH establece que «*la nota simple informativa [...] deberá reproducir, literal si así lo solicita el interesado, o en extracto en otro caso, el contenido de los asientos vigentes relativo a la finca objeto de manifestación, donde conste, al menos, la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos...*». Cuando el precepto habla de identidad está queriendo aludir, como afirma Villaverde Menéndez, al nombre y apellido de quien conste en el Registro como titular registral<sup>205</sup>. Por lo tanto y con independencia de que se realice la depuración de datos, el nombre del titular registral siempre será público o, si se prefiere, semipúblico (todo aquel que tenga interés), lo cual, como explicaremos después, puede resultar, bajo nuestro punto de vista, peligroso para la víctima de violencia de género.

---

En cuanto a la nota simple, véase, por ejemplo, MORAL MORO, 2010, pp. 260, 262 y 298; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 462. Apoyándose en la llamada jurisprudencia registral, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1877.

Con respecto a la certificación, véase DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 165; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 468 y 471; MORAL MORO, 2010, p. 262 y p. 298; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1877 y 1878. En la RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR 2021\238357) se trata un caso relativo al tachado de datos a la hora de solicitar una certificación literal. En este sentido son varios los autores que abogan por eliminar los datos que no tengan relevancia (DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 145; opinión que sigue MORAL MORO, 2010, p. 262 nota al pie 128, p. 298). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, como recalcan GÓMEZ GÁLLIGO y MARTÍNEZ ESCRIBANO, existen excepciones al tratamiento de determinados aspectos de las certificaciones literales (véase art. 222.4 LH). MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 19 y 20; GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 202.

Por su parte, GIMENO SENDRA en su día se hallaba a favor de eliminar datos personales de certificaciones, pero, en su opinión, ello debía de hacerse cuando quedara afectado el derecho a la intimidad. GIMENO SENDRA, 1998, p. 222.

En cambio, en la STSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 22 enero 2001 (JUR\2001\56162) pareció señalarse que las certificaciones no estaban sometidas a tratamiento profesional.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, cabe destacar que en la STS 12 diciembre 2000 (RJ\2001\552) se afirma que los datos registrales pueden publicarse a través de «... *nota simple informativa o certificación del contenido de los asientos registrales, posibilitando la publicidad sin intermediación con un tratamiento profesional de dicho contenido (artículos 222.2 de la Ley Hipotecaria y 332.4 de su Reglamento)*»

<sup>205</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 79 y 80. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO parecen mantener posturas que chocan en su trabajo, ya que en un punto mantienen la misma tesis que VILLAVERDE MENÉNDEZ (solo nombre y apellidos) y en otro estiman que en las notas simples también deberá constar el DNI. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 462, 467 y 468.

## 6. LOS DERECHOS DEL INTERESADO RECOGIDOS EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS

### 6.1 ASPECTOS INICIALES

Como adelantamos, parte de la doctrina parece considerar que la posibilidad que se prevé en el artículo 222.11 LH es similar o, al menos, queda conectada con la facultad que otorga el denominado derecho de oposición propio de las normas de protección de datos<sup>206</sup> (art. 18 LOPD<sup>207</sup> y art. 21 RGPD). Por otro lado, algún autor ha relacionado la institución con el derecho de cancelación<sup>208</sup>, que, conforme a la normativa vigente de protección de datos, se conoce como derecho de supresión<sup>209</sup> [art. 17 RGPD y art. 15 LOPD<sup>210</sup>].

Bajo nuestro punto de vista, esta institución se acerca mucho más al derecho de oposición o, en su caso, al derecho de limitación que puede reconocerse hasta que haya pronunciamiento sobre la oposición<sup>211</sup> [*ex* art. 18. 1 d) RGPD<sup>212</sup> y art. 16 LOPD<sup>213</sup>],

---

<sup>206</sup> GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879; MORAL MORO, 2010, pp. 286, 287 y 302. También se deduce de OROZCO PARDO, 2008, p. 138; VIVAS TESÓN, 2020, p. 165; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 135 y 136. Haciendo referencia a la normativa anterior, aunque sin aludir de manera expresa al supuesto de la violencia de género, se refieren de manera especial al derecho de oposición, por ejemplo, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 93 y 94; MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, p. 209.

<sup>207</sup> Este precepto señala que «*el derecho de oposición, así como los derechos relacionados con las decisiones individuales automatizadas, incluida la realización de perfiles, se ejercerán de acuerdo con lo establecido, respectivamente, en los artículos 21 y 22 del Reglamento (UE) 2016/679*».

<sup>208</sup> ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 317; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 691 y 692. Conviene advertir, como después señalaremos, que la autora parece referirse, más bien, a los casos de cancelación registral.

<sup>209</sup> En la legislación anterior (art. 16 LOPD de 1999) se hablaba de derecho de cancelación. Hoy en día la única referencia expresa al derecho de cancelación se encuentra en el artículo 12.6 LOPD vigente.

<sup>210</sup> Según la norma, «*1. El derecho de supresión se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679. 2. Cuando la supresión derive del ejercicio del derecho de oposición con arreglo al artículo 21.2 del Reglamento (UE) 2016/679, el responsable podrá conservar los datos identificativos del afectado necesarios con el fin de impedir tratamientos futuros para fines de mercadotecnia directa*».

<sup>211</sup> Véase, PASCUAL HUERTA, P., «Derecho a la limitación del tratamiento (comentario al artículo 18 RGPD)», 2021, pp. 1609, 1619, 1620, 1622, 1629, 1630 y 1631; PASCUAL HUERTA, P., «Limitación del tratamiento (comentario al artículo 4.3 RGPD)», 2021, p. 605. Sobre el concepto y funcionamiento de este figura, véanse PASCUAL HUERTA, P., «Limitación del tratamiento (comentario al art. 4.3 RGPD)», 2021, pp. 601 y 603; PASCUAL HUERTA, P., «Derecho a la limitación del tratamiento (comentario al artículo 18 RGPD)», 2021, pp. 1610 y 1616.

<sup>212</sup> En la norma se indica que «*el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la limitación del tratamiento de los datos cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes: [...] d) el interesado se haya opuesto al tratamiento en virtud del artículo 21, apartado 1, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del interesado*».

<sup>213</sup> La norma señala que «*1. El derecho a la limitación del tratamiento se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 del Reglamento (UE) 2016/679*».

ya que el artículo 222.11 LH únicamente habla de una «... *restricción del acceso a la información...*» y no, propiamente, de la eliminación de esta.

Enlazando con la idea anterior, se hace necesario tener en cuenta que, como viene a subrayar la doctrina, el derecho de supresión (antes cancelación) prototípico de la legislación de protección de datos no puede operar como tal en sede registral<sup>214</sup>, lo cual, por otro lado, sería coherente con el RGPD, como parece desprenderse del Considerando 65, si se adoptase la tesis del tratamiento de los datos se basa en lo dispuesto en algunos de los siguientes apartados del artículo 6.1 RGPD: c) y e)<sup>215</sup>. En este sentido, debe tenerse en cuenta que desde antes que entrase en vigor la nueva normativa de protección de datos, ya señalaba que, *ex* artículo 25.8 RLOPD, el derecho de cancelación registral se regía por lo dispuesto por la normativa hipotecaria<sup>216</sup>.

Es cierto que Roca Trías, autora que califica a este derecho de cancelación, parece referirse, más bien, a la institución que regula

2. *El hecho de que el tratamiento de los datos personales esté limitado debe constar claramente en los sistemas de información del responsable».*

<sup>214</sup> Así lo entienden MORAL MORO, 2010, pp. 284, 285, 301 y 302; recogiendo la opinión vertida por DE ANGULO en un seminario, véase BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 8. También VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 135; VIVAS TESÓN, 2020, p. 164.

Sobre la controversia existente en cuanto a la conservación de los datos registrales, TAUS, 2017, pp. 741 y 742; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 151, 152 y 158. Este último autor subraya que el tratamiento y cesión de derechos cancelados no puede someterse a las normas generales (pp. 151 y 171), entendiéndose que solo sería conveniente revelar el dato cancelado cuando existiese interés para ello y cuando se contase con el consentimiento del titular o la pertinente autorización judicial. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 152.

Aunque no se refiere al derecho de cancelación, TAUS afirma que los datos que acceden al Registro tienen que permanecer en el mismo. TAUS, 2017, pp. 741 y 742.

Por su parte, GÓMEZ GÁLLIGO opina que cabe derecho de rectificación y, por ende, también de cancelación de datos en el Registro. GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 200. De forma general, parece sostenerse que en el Registro de la Propiedad existe derecho de cancelación en DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 140.

<sup>215</sup> Según el Considerando 65, «... *la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria [...] para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento...*». En este sentido, conviene destacar que MARTÍNEZ ESCRIBANO sostiene que, con carácter general, el tratamiento se basa en lo dispuesto en el artículo 6.1 RGPD e), pero señalaba que también existe la posibilidad de que se fundamente en otras letras dependiendo del caso, como la c) para los supuestos de mandamiento judicial. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 10 y 11.

<sup>216</sup> BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 2. Sin mencionar el precepto señalado en el texto principal, también lo sostiene en un seminario, según BALLUGERA GÓMEZ, DE ANGULO. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 7. También, por ejemplo, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 135; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 164 y 165.

Por su parte, GUICHOT REINA subraya la necesidad de acudir a la normativa específica en materia hipotecaria tanto en lo que incumbe al derecho de cancelación como respecto al derecho de rectificación. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1874 y 1882. Lo mismo señala MORAL MORO, 2010, pp. 282, 284, 285, 300 y 301.

la legislación hipotecaria y no a la propia de la normativa de protección de datos, ya que enlaza el mencionado fenómeno con la imposibilidad de dar a conocer ciertos datos que antes sí eran publicables<sup>217</sup>, no obstante, la limitación de acceso a datos por cuestiones de seguridad no parece encajar con ninguno de los casos previstos en el artículo 79 LH para la cancelación total de inscripciones y anotaciones preventivas.

Reconociendo, por tanto, que la institución ante la que nos encontramos se acerca más al derecho de oposición, creemos que existen ciertos problemas operativos a la hora de que las personas que pretende proteger el artículo 222.11 LH puedan acogerse al procedimiento previsto para el ejercicio de este derecho. Pasamos a abordar la cuestión.

## 6.2 ¿EJERCICIO DEL DERECHO DE OPOSICIÓN?

En primer obstáculo que encontramos es el de su encaje en alguno de los supuestos protegidos por el artículo 21 RGPD que, como viene a destacar Aparicio Salom con apoyo en la norma, son tres, esto es, a) cuando los datos se basen en el tratamiento señalado en los apartados e) y f) del artículo 6 del RGPD, b) cuando el tratamiento este dirigido a la mercadotecnia directa (lo que incluiría la confección de perfiles) y c) cuando el tratamiento tenga por fin el desarrollo de actividades de investigación o estadísticas<sup>218</sup>. Ciertamente, no parece que la oposición al tratamiento de los datos de una persona amenazada (en nuestro caso, la víctima de violencia de género) pueda fundamentarse en un caso de mercadotecnia (apartados 2 y 3 art. 21 RGPD)<sup>219</sup> ni en la investigación de ciertas cuestiones previstas en la normativa (apartado 6 art. 21 RGPD)<sup>220</sup>. Solo restaría, pues, el supuesto contenido en el apartado

<sup>217</sup> ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 317; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 691 y 692. En este sentido, la doctrina subraya que se produce una especie de bloqueo de la información. Así, entre otros, MORAL MORO, 2010, p. 284; recogiendo la opinión vertida por DE ANGULO en un seminario, véase BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 8.

<sup>218</sup> APARICIO SALOM, 2019, p. 402.

<sup>219</sup> Estos apartados vienen a señalar que «cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernen, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia. 3. Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines».

<sup>220</sup> Según la norma, «cuando los datos personales se traten con fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos de conformidad con el artículo 89, apartado 1, el interesado tendrá derecho, por motivos relacionados con su situación particular, a oponerse al tratamiento de datos personales que le conciernen, salvo que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada por razones de interés público».

primero del artículo 21.1 RGPD, esto es, que «*el interesado...*» se opusiese «... *en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f)...*»<sup>221</sup>. De este modo, para que el titular registral pudiese ejercitar este derecho sería necesario que el tratamiento de los datos personales-registrales se basase en alguno de los supuestos contenidos en las letras e)<sup>222</sup> y f)<sup>223</sup> del artículo 6.1 RGPD, cuestión que, sin embargo, resulta discutida si se tiene en cuenta que, como señala Martínez Escribano, la doctrina tradicional suele sostener que el tratamiento de los datos registrales se basa en el consentimiento (la inscripción es, con carácter general, voluntaria), lo que nos conduciría, en cambio, al supuesto contenido en el actual 6.1 a) RGPD<sup>224</sup>.

<sup>221</sup> Véase, asimismo, Considerando 69 RGPD. Con anterioridad a esta regulación, un conjunto de autores pareció sostener, con base en la legislación de protección de datos anterior, que, en el caso de que el tratamiento no se apoyase el consentimiento sino en la ley, solo cabría oposición cuando el interesado alegase la existencia de intereses legítimos. Así, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 140. Del mismo modo, MORAL MORO, 2010, pp. 285, 286 y 302.

<sup>222</sup> Expresamente, se dice que «*el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento*». MARTÍNEZ ESCRIBANO entiende que el tratamiento de los datos del registro podría sustentarse en esta letra del precepto, aunque, en su opinión, sería oportuno que se recogieran, de algún modo, en la normativa actual. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 10, 11, 16 y, de forma más tímida, 20.

Aunque antes de la entrada en vigor de la regulación vigente, MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, pp. 202 y 203 señalaron que no parecía necesario el consentimiento en el ámbito registral pues lo excepcionaba la ley al tratarse de una cuestión de interés general. También parecen sostener esta tesis (no es necesario un consentimiento inicial como consecuencia del imperativo legal), por ejemplo, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1870; GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 199. Parecen defender esta teoría, asimismo, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 454, 457, 470 y 471.

<sup>223</sup> La norma establece que «*el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño*». MARTÍNEZ ESCRIBANO, aunque parece mostrarse más partidaria respecto a que el tratamiento se fundamente en la letra e), señala que también podría encontrar acomodo, en ciertos supuestos, en la letra f). MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 11 y 16.

Sin una postura palmaria respecto a la aplicación de este precepto en el ámbito del tratamiento de datos personales de menores, BENDITO CAÑIZARES, *R. C. D. I.*, 2018, pp. 3148 y 3149.

<sup>224</sup> Toda esta explicación se encuentra en MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 8 ss.

A favor de esta última teoría (tesis del consentimiento en el momento de acceso) se pronuncian, entre otros, BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 4; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 62, 63, 67, 71, 72, 73 y 75; VILLAVERDE MENÉNDEZ, cuya opinión tuvo la oportunidad de recoger BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 4, 5 y 6. También ORTÍ VALLEJO, cuya tesis (expuesta en un seminario) se fue plasmada por BALLUGERA GÓMEZ. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 12. Para el caso

Así, si el tratamiento de los datos registrales se apoyase realmente en el consentimiento del titular, no cabría ejercitar el derecho de oposición<sup>225</sup>. Por otro lado, tampoco aparenta tener especiales consecuencias a nivel registral la posible retirada de consentimiento que se prevé en el artículo 7.3 RGPD, ya que, según señala el mismo precepto, el tratamiento anterior a este momento será lícito y no parece que pueda sustentarse, por las razones que ya apuntamos con anterioridad, una supresión basada en la retirada del consentimiento *ex* artículo 17.1 b) RGPD<sup>226</sup>.

En segundo lugar, entendemos que puede existir un problema en cuanto a la propia configuración del procedimiento del derecho de oposición o, como plantea Guichot, el ente frente al cual se tiene que ejercitar<sup>227</sup>. Así, hemos de tener en cuenta que se trata de un derecho que se hace valer frente al responsable del tratamiento (RGPD<sup>228</sup>,

---

de España, VALDÉS DÍAZ, R. C. D. I., 2019, p. 380. Desde la perspectiva del derecho a la intimidad, PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, R. C. D. I., 1992, p. 1142. También parece sostener esta tesis, aunque de manera menos contundente, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 133, 134 y 135; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 163 y 164. MORAL MORO parece sostener esta teoría, pero después señala que cabría ejercitar el derecho de oposición teniendo en cuenta que el tratamiento no se basaría en el consentimiento. MORAL MORO, 2010, pp. 212, 223, 224, 225, 286, 291, 293, 302. MANRIQUE PLAZA sostiene que la teoría del consentimiento sería aplicable si al Registro de la Propiedad solo accedieran los datos necesarios. MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, p. 382. Aunque, después, el autor parece decantarse, sin reparos, por la tesis del consentimiento expuesta en la p. 383 del trabajo anteriormente citado.

También parece adherirse a la tesis del consentimiento ÁLVAREZ-SALA WALTHER, quien hace alusión a la doctrina de los actos propios. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 95.

Respecto a Puerto Rico, véase la reflexión vertida por el Secretario de Justicia en una ponencia ante la Cámara de representantes que se recoge en GÓMEZ PÉREZ, A., 2017, pp. 326 y 327.

En contra de la tesis del consentimiento en el momento de acceso de los datos, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 8-11, 16 y 20; GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1870. También parecen sostener esta tesis MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 454, 457, 470 y 471; GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 199; DE ANGULO, según BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 7. También parecen rechazar la tesis del consentimiento, MACHUCA y FERNÁNDEZ-ALLER, 1997, pp. 202 y 203. Igualmente, parece acogerse a esta teoría ROCA TRÍAS, 2017, pp. 689-691; ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, pp. 315-317. Decimos parece, pues la autora no se refiere al momento de la inscripción de los datos registrales. Lo mismo ocurre con DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 168, aunque después en la p. 147 de su trabajo parece resaltar la función del consentimiento.

Sin parecer tener una postura definida en este punto, OROZCO PARDO, ya que en un punto de su trabajo se apoya en el consentimiento para, después, entender que no es necesario recarlo. OROZCO PARDO, 2008, p. 134, 138 y 139.

DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 140, 141 y 142 sostienen que se requiere el consentimiento para el tratamiento, aunque no, de forma general, para la cesión.

<sup>225</sup> De forma general, APARICIO SALOM, 2019, p. 399.

<sup>226</sup> En contra de la tesis que esgrimimos se pronuncia VILLAVERDE MENÉNDEZ, quien, además, entiende que en el caso de que no hubiese consentimiento podría ejercitarse el derecho de oposición. VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 93 y 94.

<sup>227</sup> GUICHOT REINA señala que no se ha esclarecido ante quién debería de ejercitarse este derecho en el caso del artículo 22.11 LH. GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879.

<sup>228</sup> Aunque menos contundente, véase el artículo 21.1 RGPD.

art. 35.1 Real Decreto 17/2007<sup>229</sup>), que, en este caso, sería el registrador de la propiedad<sup>230</sup>, lo que puede chocar con ciertas garantías referidas a los derechos en juego. De este modo, tal vez lo más oportuno es configurar un procedimiento de carácter judicial, como más adelante veremos al referirnos a las enmiendas que se presentaron al Proyecto de Ley de reformas para el impulso a la productividad en el año 2005<sup>231</sup>. Es cierto que tanto el Tribunal Constitucional [STC 30 noviembre 2000]<sup>232</sup> como la propia normativa de protección de datos, permite la tutela de este derecho fundamental a partir de mecanismos extrajudiciales, pero también lo es que, aunque el derecho que se limitaría sería el de acceso a la información registral (más adelante entraremos en esta cuestión), hay derechos especial relevancia en juego en caso de no apreciarse la limitación.

Por último, no podemos perder de vista el contexto normativo del momento de promulgación de la norma que vino a introducir el apartado 11 del artículo 222 LH, esto es, el año 2001. En aquel período (incluso cuando se hizo una posterior propuesta de regulación a través de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de reformas para el impulso a la productividad en el año 2005)<sup>233</sup> se había promulgado la LOPD de 1999, que, siendo aparentemente aplicable a los Registros de la Propiedad, ya hacía alusión al derecho de oposición en su artículo 17. En este sentido, ¿cuál sería el motivo del legislador para proponer la regulación de una materia en el año 2001<sup>234</sup> si, aparentemente, existía ya un derecho que satisfacía esta necesidad? Bajo nuestro punto de vista, ello puede obedecer a dos razones: a) en aquel momento no se contaba con un procedimiento específico de ejercicio del derecho de oposición (no

<sup>229</sup> Según la norma, «el derecho de oposición se ejercitará mediante solicitud dirigida al responsable del tratamiento...».

<sup>230</sup> Se subraya este aspecto en MORAL MORO, 2010, pp. 275, 286 y 287.

<sup>231</sup> Remitimos al lector al apartado correspondiente y a la bibliografía que allí se cita [apartado 7.3 A)].

<sup>232</sup> (RTC 2000\290). En esta sentencia se afirmó que «en efecto, al dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 18.4 CE, el legislador, sin excluir en modo alguno el recurso último a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos individuales, como se determina en los apartados 2 a 5 del art. 17 LORTAD, no ha querido sin embargo que la protección de datos personales frente al uso de la informática se lleve a cabo exclusivamente en la vía judicial, esto es, cuando ya se ha producido una lesión del derecho fundamental. Por el contrario, ha querido que dicha protección se lleve a cabo mediante el ejercicio por la Agencia de Protección de Datos, con carácter básicamente preventivo, de las funciones de control de los ficheros tanto de titularidad pública como privada que la LORTAD le atribuye y, en su caso, a través de las reclamaciones de los afectados ante la Agencia de Protección de Datos (art. 17.1), las que provocarán la posterior actuación de este órgano».

<sup>233</sup> A ello nos referimos más adelante.

<sup>234</sup> Momento de promulgación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

se promulga el RLOPD hasta el año 2007)<sup>235</sup>; b) realmente se creía conveniente establecer un procedimiento diferenciado.

Por lo que se refiere a la inexistencia de procedimiento, Villaverde Menéndez, aunque no alude al derecho de oposición, entiende que los derechos de los interesados en materia de protección de datos pueden hacerse valer más allá de su regulación legal o reglamentaria pues estos encuentran justificación en el texto constitucional<sup>236</sup>. Ello nos conduce a la hipótesis b).

Enlazando con la idea anterior, conviene tener presente que tras la entrada en vigor del RLOPD, Ballugera sostuvo que tampoco el derecho de oposición previsto reglamentariamente podía aplicarse como tal en el ámbito registral debido a una interpretación amplia del artículo 25.8 RLOPD, que venía a disponer que «cuando las leyes aplicables a determinados ficheros concretos establezcan un procedimiento especial para la rectificación o cancelación de los datos contenidos en los mismos, se estará a lo dispuesto en aquéllas»<sup>237</sup>. Reconociendo que la tesis anterior no se colige de manera cristalina de la dicción de la norma, conviene tener presente, nuevamente, que el RLOPD se mantiene vigente en todo lo que no sea contrario a la actual normativa de protección de datos.

A esto se le une el hecho que hay quien, como de Angulo, más allá de la regulación normativa de este derecho, parece tener dudas acerca de su operatividad en el ámbito registral por la inseguridad jurídica que puede provocar frente a terceros<sup>238</sup>. Así, el autor anteriormente citado parece venir a señalar en uno de sus trabajos que no es posible trasladar el esquema propio del derecho de oposición de protección de datos al campo registral, ya que plantea una serie de particularidades<sup>239</sup>, idea que parece compartir, con ciertas matices, Vivas Tesón<sup>240</sup>.

<sup>235</sup> Véase, nuevamente, artículo 17 LOPD de 1999.

<sup>236</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, pp. 90 y 91.

<sup>237</sup> BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 2. OROZCO PARDO, en cambio, sostiene que, aunque de forma compleja, parece posible invocar el derecho de oposición. OROZCO PARDO, 2008, pp. 139 y 146. Aunque en un seminario este último autor recordó la necesidad de que se estableciese un régimen específico en el campo registral. Esta opinión fue plasmada por BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 6.

<sup>238</sup> Recogiendo la opinión de DE ANGULO en un seminario, véase BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 8.

Por su parte, MORAL MORO sí que parece hallarse a favor del posible ejercicio del derecho de oposición en el Registro de la Propiedad, aunque ello solo en sede de comunicación y no de tratamiento. MORAL MORO, 2010, pp. 223, 285, 286, 287, 302.

<sup>239</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 171.

<sup>240</sup> VIVAS TESÓN sostiene que el derecho de oposición prototípico no puede ejercitarse como tal en el ámbito registral, aunque mantiene que sí que cabría en los supuestos en los que existan razones de salvaguarda de la seguridad. VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 135 y 136; VIVAS TESÓN, 2020, p. 165.



A mayor abundamiento, el propio Guichot Reina, quien establece una conexión entre el artículo 222.11 LH y el derecho de oposición, afirma que en aras de proteger a determinados bienes y personas debe garantizarse la existencia en el Registro de la Propiedad de un sistema de limitación de publicidad que parece poder enlazarse con el más general derecho de oposición propio de la normativa de protección de datos<sup>241</sup>. Asimismo, el autor continúa indicando que a pesar de las reformas, normativamente no se esclareció cuál sería y en qué consistiría este procedimiento, limitándose el legislador a aclarar que ello sería objeto de una posterior regulación<sup>242</sup>. De lo anterior parece desprenderse que es necesario un procedimiento específico<sup>243</sup> tanto en su dimensión material (recordemos que, aunque se tutelen los datos de manera incidental, el principal cometido de la futura regulación sería el de garantizar la protección de ciertas personas<sup>244</sup>) como en su aspecto formal (directamente conectado con su naturaleza registral).

No puede pasarse por alto que, actualmente, la normativa de protección de datos tiene carácter supletorio, por lo que si el apartado 11 del artículo 222 LH (ley especial) estipula que reglamentariamente se establecerá un procedimiento para proteger a determinadas personas parece algo forzado aplicar de manera automática, además de por las razones ya apuntadas, el procedimiento propio del derecho de oposición cuando la norma parece estar esperando la reglamentación de un *iter* procedimental genuino.

Ciertamente, a nivel práctico, sería una solución aplicar supletoriamente este procedimiento. No obstante, ante las dudas planteadas con anterioridad (seguridad jurídica)<sup>245</sup>, estimamos necesario pronunciarnos acerca de la cuestión de la futura regulación que, repetimos, prevé la normativa de carácter especial.

---

<sup>241</sup> GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879.

<sup>242</sup> GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879.

<sup>243</sup> Ya indicamos que también señalaba esta idea OROZCO PARDO, según recoge BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 6. Aunque, como señalamos, parece distanciarse tímidamente de la conclusión a la que llega en otro de sus trabajos. En concreto, OROZCO PARDO, 2008, pp. 139 y 146.

<sup>244</sup> Remitimos al lector a la bibliografía de la nota al pie núm. 64 de este trabajo.

<sup>245</sup> Aunque nosotros nos referimos a la seguridad jurídica general en la aplicación de las normas, parece conveniente recalcar, como señalamos con anterioridad, DE ANGULO parece sostener que el rechazo del derecho de oposición en sede registral se debe precisamente a problemas de seguridad (aunque este caso en el tráfico), al afirmar que es oponible frente a terceras personas. Recogiendo la opinión vertida por DE ANGULO en un seminario, véase BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 8

## 7. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA FUTURA REGULACIÓN

Sin contar con la difuminada y, por otro lado, deseada (al menos, por la doctrina) armonización de la normativa en materia hipotecaria y de protección de datos<sup>246</sup>, lo cierto es que, como venimos sosteniendo, el artículo 222.11 LH prevé la regulación de un procedimiento encaminado a restringir el acceso a los datos personales de determinados sujetos, entre los que se incluyen, como hemos comentado repetidamente, las víctimas de violencia de género. En este sentido, se hace necesario plantearse diversas cuestiones relacionadas con la plasmación normativa a la que se refiere el precepto anteriormente citado.

### 7.1 INSTRUMENTO NORMATIVO

Según lo señalado en el propio artículo 222.11 LH, el procedimiento a través del cual se articulará la limitación de la publicidad registral por motivos de seguridad se recogerá en una norma de rango reglamentario, premisa que, a pesar de su rotundidad, ha generado, por otro lado, un normal desconcierto entre autores como Vivas Tesón<sup>247</sup> y Orozco Pardo<sup>248</sup>. Así, los mencionados expertos apuntan que la vía reglamentaria no resulta apta para acometer tal reforma, ya que, por razón de la materia, la misma debería instrumentarse a través de una norma de rango legal<sup>249</sup>.

Sobre el tema de la reserva de ley ordinaria en materia de propiedad ya tuvimos la oportunidad de pronunciarnos detenidamente en nuestra monografía<sup>250</sup>, por lo que remitimos al lector a todas las reflexiones que resulten comunes respecto a la cuestión ahora analizada, así como a la bibliografía y a la jurisprudencia allí citadas. Por lo que se refiere al estudio que nos ocupa, entendemos que se plantean dos interrogantes concretos: ¿debería regularse esta materia a través de una ley?; en el caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa, ¿se trataría de una reserva de ley ordinaria o, por el contrario,

<sup>246</sup> Nos remitimos a la bibliografía a la que se hizo mención en la nota al pie núm. 39.

<sup>247</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 184.

<sup>248</sup> OROZCO PARDO, 2008, p. 137. Recogiendo la opinión vertida por OROZCO PARDO en un seminario, véase BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 7.

<sup>249</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 184; OROZCO PARDO, 2008, p. 137 nota al pie núm. 22.

<sup>250</sup> AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, en especial, pp. 225-226 y 345-346.

de una ley orgánica?<sup>251</sup>, ¿la reserva de ley existente en este ámbito implica una total inactividad reglamentaria?

Partiendo de lo expuesto en el párrafo precedente, cabe plantearse, en primer lugar, si efectivamente la materia que se pretende abordar mediante una futura reforma afecta alguna reserva de ley. Bajo nuestro punto de vista, existen aquí dos posibles interpretaciones: una amplia, de un lado, y una estricta, de otro.

Por lo que se refiere a la interpretación amplia, la regulación podría afectar, al menos de manera incidental, a varios derechos fundamentales como el derecho a la integridad física, el derecho a la vida<sup>252</sup> o el derecho a la protección de datos, además de abordar una materia que incide sobre el principio de seguridad jurídica en el tráfico (exponente del art. 9.3 CE)<sup>253</sup> y suponer una restricción al derecho fundamental a la obtención de información [art. 20.1 d) CE]<sup>254</sup>, lo cual parece indicar que cualquier incidencia normativa sobre la cuestión debería de llevarse a cabo a través de una ley, quedando, por tanto, vedada la regulación mediante un instrumento de carácter reglamentario<sup>255</sup>. Esta ley debería tener, además, la condición de Ley Orgánica en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución española.

En cuanto a la interpretación estricta, el único derecho constitucional que quedaría realmente afectado sería el contenido en el artículo 105 b) de la Constitución española<sup>256</sup>, según el cual «*la ley*

<sup>251</sup> Aunque no se plantea de manera directa la cuestión, al abordar el tema de la posibilidad de establecer una normativa única en materia de protección de datos, BALLUGERA se pregunta si nos hallamos ante una cuestión que debería regularse por ley o por reglamento y, siendo el primer supuesto, si ha de tratarse de una disposición legal de rango ordinario. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 2 y 3.

<sup>252</sup> Ya nos referimos a la afectación de estos derechos como consecuencia de la publicidad registral en otro punto de este estudio. Véase la bibliografía que se cita en las nota al pie núm. 21 de este trabajo.

<sup>253</sup> Es frecuente que en la doctrina se hable de la relación entre el principio de seguridad jurídica y la publicidad registral, debiendo citarse aquí de manera representativa, por ejemplo, GIMENO SENDRA, 1998, pp. 218, 219 y 220; PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, p. 1119; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 6 y 10; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 152 y 167; MORAL MORO, 2010, pp. 248 y 249.

Por su parte hay quien, como RAGA SASTRE, destaca que el progreso tecnológico en relación con el Registro de la Propiedad puede poner en entredicho la seguridad jurídica en el tráfico (aunque en este punto parece referirse, más bien, a la tecnología *blockchain*). RAGA SASTRE, *R. C. D. I.*, 2019, p. 295.

<sup>254</sup> Véase parte de la bibliografía que se cita en la nota al pie núm. 259 de este trabajo.

<sup>255</sup> De manera específica (futura regulación de lo dispuesto en el art. 222.11 LH), VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 184; OROZCO PARDO, 2008, p. 137 nota al pie núm. 22. De forma general (limitación de derechos fundamentales), GIMENO SENDRA, 1998, p. 208. Respecto al artículo 20 de la Constitución española, con apoyo en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 193.

<sup>256</sup> A este derecho en conexión con la protección de datos se refieren, entre otros, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 130; VIVAS TESÓN, 2020, p. 159;

regulará: [...]b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidación de las personas» [véase, asimismo, el artículo 13 d) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que se relaciona de manera directa con los arts. 12 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno<sup>257</sup>, aunque hay quien sostiene que estos dos últimos cuerpos normativos no parecen ser directamente aplicables al Registro de la Propiedad<sup>258</sup>]. De este modo, aquí entraría en juego una reserva de ley ordinaria como bien se desprende de lo dispuesto en el precepto transcrito.

Se trata de una cuestión compleja que, sin embargo, merece una matización. No parece que el derecho fundamental que contempla el artículo 20.1 d) de la Constitución española pueda quedar directamente afectado por la futura regulación<sup>259</sup>. Ello por cuanto la limitación

---

OROZCO PARDO, 2008, 131 y 133; MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, pp. 380 y 381; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 138; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 461; ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 311; ROCA TRÍAS, 2017, p. 682. Respecto a la conexión del precepto señalado y el derecho de acceso a la información, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 193.

<sup>257</sup> También se alude a estos cuerpos normativos respecto a la protección de datos personales, por ejemplo, en VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 130; VIVAS TESÓN, 2020, p. 159. En relación con la anterior Ley de Procedimiento Administrativo Común, OROZCO PARDO, 2008, p. 133; MANRIQUE PLAZA, A. A. M. N., 2009, p. 381. Con respecto a la Ley de Transparencia y la anterior, así como la actual, Ley de Procedimiento Administrativo Común, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 451 y 452. En cuanto a la Ley de Transparencia, ROCA TRÍAS, 2017, p. 689; ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 315.

<sup>258</sup> Así lo entienden MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA en relación con la D. A. 1.º de la Ley de Transparencia. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 451 y 452. Con respecto a la Ley de Transparencia, véanse ROCA TRÍAS, 2017, p. 689; ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 315.

<sup>259</sup> Así, VILLAVERDE MENÉNDEZ viene a sostener que el Registro de la Propiedad no fue concebido para tutelar los derechos contenidos en el artículo 20.1 d) de la Constitución española. VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 89. De modo similar, MORAL MORO afirma que el derecho a la información no permite acceder a la información registral, pues siempre ha de existir un control del interés. MORAL MORO, 2010, p. 215 nota al pie núm. 39.

Aunque no se pronuncia sobre la cuestión de manera específica (futura regulación de la materia del art. 222.11 LH), en contra de la tesis expuesta (el acceso registral no afecta al derecho a obtener información previsto en el art. 20 CE), GIMENO SENDRA, 1998, pp. 205, 220 y 223 [se alude al derecho a la información de forma más general en otros puntos de su trabajo, véase GIMENO SENDRA, 1998, pp. 205 ss.]; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 193. Sin pronunciarse de forma concreta sobre el supuesto que nos ocupa, en contra, PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, R. C. D. I., 1992, pp. 1118, 1119, 1122, 1139, 1140 y 1146 nota al pie núm. 36. Téngase en cuenta, sin embargo, que un conjunto de autores señala que PRADA se centraba en el supuesto de obtener la información registral con fines periodísticos (DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 138). Estos últimos autores señalan (p. 138 de su trabajo), sin embargo, que los principios hipotecarios fomentaron el posterior desarrollo de ciertos derechos constitucionales, entre los que citan de manera conjunta el artículo 20 d) de la Constitución española, así como el 105 b) del mismo cuerpo normativo.

del derecho a obtener información registral no incide de manera directa sobre lo dispuesto en el precepto señalado, sino, más bien, sobre el contenido en el artículo 105 b) de la Constitución española<sup>260</sup>. Esta idea se desprende de las reflexiones expuestas en la STSJ de Andalucía, Granada 4 abril 2017<sup>261</sup> que, sin tratar de manera directa la materia registral, viene a recalcar que «... *el derecho analizado es, en definitiva, el establecido en el artículo 105.b) de la Constitución Española, siendo así que todos los derechos previstos en dicho artículo se han considerado derechos no exactamente subjetivos ni fundamentales pero sí derechos de configuración legal con reserva ley en cuanto a su regulación, con la fuerza normativa propia de su inclusión en la Constitución Española y conectables, según las circunstancias en que se hacen valer; con derechos fundamentales. En concreto en el caso del 105.b), que interesa al recurso que nos ocupa, es de valorar que hay cierta conexión con el derecho fundamental establecido en el artículo 20.1.d) de la Constitución d) o derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión en cuanto incluye el derecho a acceder a la fuente de información si bien en el presente caso al ser la fuente de información la Administración Pública que se rige en sus actuaciones por el principio del interés público el derecho tiene las limitaciones propias derivadas de ese interés público tanto en su alcance individual velando en la observancia al facilitar el acceso a la información de que es depositaria por los derechos propios de la esfera*

---

Respecto al Derecho cubano, VALDÉS DÍAZ concibe que el acceso al Registro de la Propiedad deriva del derecho a recibir información. VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 373. También se sostiene esta última tesis en RDGRN 22 febrero 1991 (RJ\1991\9848).

De manera algo más tímida, hay quien señala que ante el conflicto entre publicidad e intimidad ha de tenerse en el artículo 20.4 de la Constitución española. Así, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 145.

Al tratar la cuestión de la publicidad formal, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA se refieren también al artículo 105 b) de la Constitución española, aunque sostienen que el citado precepto está relacionado con el artículo 20.1 d) del mencionado cuerpo normativo. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 461.

<sup>260</sup> En contra, PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, pp. 1118, 1119, 1122, 1139, 1140 y 1146 nota al pie núm. 36. ROCA TRÍAS, en cambio, parece insinuar que el artículo 105 b) de la Constitución española guarda cierta relación con la protección de datos, a lo que se une que entiende aplicable la normativa de transparencia (en concreto el art. 15 de la ley) al sector registral. ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, pp. 311 y 315; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 682 y 689.

Por su parte, MANRIQUE PLAZA señala que el artículo 105.1 b) quedaba desarrollado por la anterior Ley de Procedimiento Administrativo Común, la cual, según su opinión, excluía de su ámbito de aplicación a los Registros de la Propiedad para, después, insinuar que sí que existe una conexión entre el precepto constitucional y la obtención de información registral. MANRIQUE PLAZA, *A. A. M. N.*, 2009, pp. 380, 381 y 393. También entienden que la antigua Ley de Procedimiento Administrativo Común no era aplicable a los Registros de la Propiedad: MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 451 y 452.

<sup>261</sup> (JUR\2017\165156).

*particular y de la intimidad de las personas como el general de las instituciones de gobierno del Estado»*<sup>262</sup>.

Se podría argumentar, como ha hecho algún autor<sup>263</sup>, que el artículo 105 b) de la Constitución española se refiere exclusivamente a registros de carácter administrativo (el Registro de la Propiedad es calificado por la doctrina de «registro jurídico»)<sup>264</sup>, no obstante, nos parece más adecuada la visión de Vivas Tesón, quien afirma que los registros de la Propiedad realizan una actividad de carácter público, sin perjuicio de que, en puridad, no puedan ser calificados como auténticos entes administrativos<sup>265</sup>.

<sup>262</sup> También en la STSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 22 enero 2001 (JUR\2001\56162) se señala, en relación con el acceso a la información registral, que «... no cabe olvidar que el acceso a los registros públicos que contempla el artículo 105 de la Constitución es de configuración legal, y que el propio artículo 37 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre dispone en su apartado 2 que «el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas».

<sup>263</sup> PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, R. C. D. I., 1992, 1146 nota al pie núm. 36; GÓMEZ GÁLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 215 nota al pie núm. 30 y p. 220. MORAL MORO recalca que la calificación del Registro de la Propiedad como Administración pública ha generado un gran debate doctrinal. MORAL MORO, 2010, p. 223. También VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 72. Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO rechaza su calificación como Administración. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 10

<sup>264</sup> Por ejemplo, GÓMEZ GÁLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 215 nota al pie núm. 30; ROCA TRÍAS, 2017, p. 675; ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 305. También se refieren a esta dicotomía, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 450, 453 y 454.

RECALDE y VILLAVERDE MENÉNDEZ (este último apoyándose en el primero) también califican al Registro de la Propiedad de registro jurídico en un seminario, cuyas opiniones tuvo la oportunidad de plasmar BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 3 y 4. En el mismo texto (p. 5) VILLAVERDE MENÉNDEZ afirma que no se trata de un registro de carácter administrativo. Por su parte, el propio BALLUGERA (pp. 2 y 3) parece señalar que el Registro de la Propiedad tiene carácter jurídico. También ORTÍ VALLEJO y CAVANILLAS MÚJICA en BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, pp. 12 y 13.

También VIVAS TESÓN califica de jurídico al Registro de la Propiedad. VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 125.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que la Instrucción de 17 de febrero de 1998 dejó sentado que «los Registros de la Propiedad, los Registros Mercantiles, el Registro Mercantil Central, el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (a integrar en el Registro de Bienes Muebles), los Registros de Buques y Aeronaves, y los Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento son Registros de valor jurídico...». El subrayado es nuestro.

<sup>265</sup> VIVAS TESÓN, 2020, p. 158 nota al pie núm. 31. En sentido casi idéntico, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 130 nota al pie núm. 31. VILLAVERDE MENÉNDEZ también sostiene una tesis muy parecida, según BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 11.

VIVAS TESÓN califica al Registro de la Propiedad como asimilable a la Administración pública en otros puntos de sus trabajos; por ejemplo, VIVAS TESÓN, 2020, p. 164, VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 134. Por su parte, MORAL MORO también entiende que el registrador realiza una función pública. MORAL MORO, 2010, pp. 202, 203 y 290. A mayor abundamiento, sobre la función pública que llevan a cabo los registradores, remitimos al lector a la bibliografía que se cita en la nota al pie núm. 86 de este trabajo.

GÓMEZ GÁLIGO se pronuncia en contra de una reflexión similar contenida en una sentencia que este cita: en concreto, la STS 24 febrero 2000 (RJ\2000\2888). Véase GÓMEZ GÁLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 220. También en contra, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 10.

En este sentido, desde nuestro punto de vista, resulta algo forzada la tesis expuesta por Álvarez-Sala Walther, quien sostiene que el artículo 105 b) de la Constitución española no es más que una exteriorización del más amplio artículo 20.1 d) del citado cuerpo normativo<sup>266</sup>.

Con independencia de la postura que se tome como punto de referencia, podemos extraer una conclusión clara, esto es, no caben reglamentos independientes en lo que a la regulación de esta materia se refiere<sup>267</sup>.

Lo señalado en el párrafo anterior conecta con la última de las preguntas planteadas, punto que, por otro lado, ya fue abordado en nuestra monografía. Por lo que nos remitimos, nuevamente, a lo allí expuesto<sup>268</sup>. Baste señalar aquí, con Orozco Pardo<sup>269</sup>, que en la STC 30 noviembre 2000<sup>270</sup> se puso de relieve «... *que incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. De tal modo que esa remisión no conlleve una renuncia del legislador a su facultad para establecer los límites a los derechos fundamentales, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir, pues, en tal caso, el legislador no haría sino «deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado» (STC 227/1993, de 9 de julio [RTC 1993, 227], F. 4, recogiendo la expresión de la STC 77/1985, de 27 de junio [RTC 1985, 77], F. 14)».*

Partiendo de lo expuesto en el párrafo precedente, el procedimiento de limitación de acceso a los datos registrales sí que podría quedar instrumentado a partir de reglamentos colaborativos, siempre que, como hemos explicado más arriba, la regulación nuclear de la cuestión se lleve a cabo a través de una norma de rango legal.

Conviene cerrar este apartado destacando que, según Vivas Tesón, la inactividad normativa respecto a esta materia podría

---

<sup>266</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 193.

<sup>267</sup> Es lo que parece desprenderse de la tesis mantenida en un seminario por OROZCO PARDO, quien sostiene que cuando existe reserva de ley no puede entrar el juego el instituto reglamentario. Esta opinión la recoge BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 7.

<sup>268</sup> Véanse las páginas a las que se hace referencia en la nota al pie núm. 250 de este trabajo.

<sup>269</sup> OROZCO PARDO, 2008, p. 137 nota al pie núm. 22.

<sup>270</sup> (RTC 2000\292).

explicarse, precisamente, por las reservas existentes en cuanto a la cobertura legal de la cuestión objeto de examen<sup>271</sup>.

## 7.2 DATOS ESPECIALMENTE AFECTADOS POR LA RES-TRICCIÓN

Como sabemos, no es infrecuente que al Registro accedan datos de carácter personal. Aunque, en principio, puede decirse, por ejemplo, con Mendoza del Maestro, que no hay datos personales asépticos<sup>272</sup>, estimamos que en los supuestos de violencia de género aquellos datos que conviene tutelar con mayor cuidado son, como puede deducirse de manera sistemática de los artículos 15.1 Ley (valenciana) 7/2012 y 28 Ley (andaluza) 13/2007, aquellos que puedan permitir que cualquier persona, incluido el agresor y su entorno, localicen o identifiquen a la víctima de violencia de género, así como a los menores que se hallen bajo patria potestad o guarda y custodia.

<sup>271</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 184.

<sup>272</sup> El autor utiliza los términos «neutro», «irrelevante». MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 550. Esta idea también parece inferirse de forma indirecta de la p. 555 de su trabajo al hablar de «publicidad masiva relacional». Algo similar apunta VILLAVARDE MENÉNDEZ cuando afirma que ciertos datos registrales que apriorísticamente no parecen implicar un peligro real podrían llevar a elaborar la imagen de una persona. VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, p. 80.

Por su parte, en la EM LORTAD también se hace alusión a la creación de perfiles personales a través del conocimiento de ciertos datos.

También se apunta esta idea, en relación con la «teoría del mosaico» propia del derecho a la intimidad, GIMENO SENDRA, 1998, p. 216. Se habla, asimismo, de la teoría del mosaico en PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, *R. C. D. I.*, 1992, pp. 1133 y 1146. Por su parte, en los antecedentes de la STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\290) se puso de manifiesto que, según el Defensor del Pueblo, «el derecho al honor o el derecho a la intimidad son elemento esencial de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, base de nuestro sistema político y Ordenamiento jurídico (art. 10.1 CE, STC 170/1987 [RTC 1987, 170, F. 4], constituyendo el uso de la informática uno de los mayores riesgos para la intimidad individual y familiar y para el ejercicio legítimo de derechos por los ciudadanos. Peligro que es mayor, si cabe, si pueden complementarse y entrecruzarse los datos de carácter personal obrantes en los diversos ficheros que tengan por objeto su almacenamiento y tratamiento respondiendo a finalidades bien distintas». Y, aunque refiriéndose a la privacidad, en la EM LORTAD se señala que esta «... constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado».

La idea expuesta en el texto principal también parece indicarse de manera algo más tímida en VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 153; VIVAS TESÓN, 2020, p. 184; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 7 y 8. También, en relación con el cruce de datos registrales con los obrantes en otros lugares, por ejemplo, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1873.

Con respecto al caso concreto de la violencia de género, véase, por ejemplo, DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 157 y 158, donde se alude al posible impacto que pueden tener el nombre, los apellidos y el domicilio, entre otros.



Creemos, por tanto, que los datos registrales que, bajo nuestro punto de vista, acarrearán un mayor riesgo para la seguridad de la víctima de maltrato machista son la identidad del titular registral, el domicilio y los datos relativos a su cónyuge<sup>273</sup>.

### A) Identidad del titular registral

Acierta Aragonese Martínez cuando indica que lo que se intenta proteger a partir de la ocultación de ciertos datos de la víctima de violencia de género en los procedimientos no es tanto su identidad entendida como anonimato, sino, más bien, su seguridad<sup>274</sup>. Así, como explica la mencionada autora, es inherente al maltrato machista que el agresor conozca a su víctima, lo que no impide, sin embargo, que se adopten una serie de cautelas encaminadas a garantizar como se ha apuntado, la seguridad de esta<sup>275</sup>.

En el caso del Registro de la Propiedad, hay que tener presente que tanto el artículo 9 e) LH como el artículo 51. 9 RH establecen la obligatoriedad de que se haga constar en el Registro la identidad del titular registral, esto es, «*la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción...*» [el propio art. 9 e) LH]. Este mandato se fundamenta, como viene a señalar Martínez Escribano, en la necesidad de identificar al titular del derecho inscrito<sup>276</sup>, ya que, empleando las palabras contenidas en el artículo 222.5 bis LH, «... *las fincas y derechos se identificarán...*», además de a partir de otros elementos a los que hace referencia la propia norma, «... *a través de: a) cualquiera de sus titulares...*»<sup>277</sup>. Esto último es lo que se conoce como «búsqueda por personas» que legitima el artículo 223 LH<sup>278</sup>.

Igual que es posible identificar a una finca a partir del nombre del titular registral nada obsta, como parece interpretarse de lo con-

<sup>273</sup> Por ejemplo, GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879, aunque de forma general (no solo para el caso de la violencia de género), se refiere a la especial sensibilidad de dos de estos datos: el conocimiento del domicilio y la identidad del cónyuge del titular registral.

<sup>274</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, p. 187.

<sup>275</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, p. 187. La autora continúa su discurso señalando que, aunque en el plano procesal, puede que la identidad de la víctima sea conocida, ello no impide, en su opinión, que esta quiera mantener ocultos datos como su localización. ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, p. 188.

<sup>276</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 4 y 5.

<sup>277</sup> Como subraya VILLAVARDE MENÉNDEZ el dato solo será revelable por su conexión con una finalidad patrimonial. VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, p. 70 nota al pie núm. 8.

<sup>278</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 166 y 167; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 144. GUICHOT REINA también parece referirse a este fenómeno empleando la expresión «*intuitu personae*». GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1871. MENDONZA DEL MAESTRO habla de la «búsqueda por nombre». MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, p. 555.

tenido en el trabajo realizado por de Angulo Rodríguez<sup>279</sup>, que se realice la operación contraria, es decir, que a partir de otros extremos relacionados con la finca puede extraerse, como se deduce de la exposición de Roca Trías, «*per relationem*» el nombre y los apellidos del titular registral<sup>280</sup>.

En estos supuestos se produce lo que podría considerarse la identificación *ob rem* de la víctima (igual que la obligación *propter rem* sigue al derecho real, el nombre del titular registral siempre va a ir unido al de la finca, como puede desprenderse, especialmente, de lo expuesto en el art. 222.5 bis LH<sup>281</sup>). Estimamos que esta circunstancia podría generar importantes riesgos para su seguridad, ya que, aunque puede que el domicilio no se encuentre fijado en la finca registral inscrita, sí que existe un punto a través del cual se puede iniciar su localización. En el caso de que el domicilio se halle localizado en la finca registrada el peligro es ciertamente patente<sup>282</sup>, como bien veremos en el siguiente apartado.

## B) Domicilio

Podemos afirmar sin temor a errar que el domicilio («necesario a efectos de notificaciones»<sup>283</sup>) es el dato que puede causar un mayor

<sup>279</sup> En este sentido, y con referencia expresa a los supuestos de violencia de género, véase la reflexión contenida en DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 149 y 150.

<sup>280</sup> ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 312; ROCA TRÍAS, 2017, p. 684. Sobre la irremediable constancia de los datos del titular registral, por ejemplo, ROCA TRÍAS, R. J. C., 2016, p. 305; ROCA TRÍAS, 2017, p. 675.

Por su parte, GUICHOT REINA afirma que existe una accesoriedad respecto de los datos personales obrantes en el Registro de la Propiedad. GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1875.

<sup>281</sup> Según el precepto, «*las fincas y derechos se identificarán a través de: a) Cualquiera de sus titulares, haciendo constar el apellido, nombre y número del documento nacional de identidad o documento que permita identificar a las personas físicas y razón social o denominación de las personas jurídicas*».

Sobre la forma de designar al sujeto pasivo y la accesoriedad de las obligaciones *propter rem*, véase AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, en especial, pp. 112-116 y 118-121 y toda la bibliografía que en las mencionadas páginas se cita.

<sup>282</sup> ROJO IGLESIAS cita a GIMÉNEZ GÓMEZ LAFUENTE, quien, según el primer autor, viene a concluir que la titularidad registral puede revelar el domicilio, dato que si se usa de manera indebida puede llegar a representar una amenaza para la protección de personas y bienes e, incluso, para el derecho a la vida. GIMÉNEZ GÓMEZ LAFUENTE citado en ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969 [hacemos notar que creamos que la autora se refiere a GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE].

<sup>283</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 5. También DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 148; VIVAS TESÓN, 2020, p. 182; MORAL MORO, 2010, pp. 214, 250 y 292; GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 196. Sigue a este último autor, ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1967; quien amplía el elenco de supuestos por los que se puede conocer el domicilio.

GÓMEZ GÁLLIGO indica que el domicilio es un dato que no debe revelarse a menos que sea necesario o se den una serie de requisitos, GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002,

daño a los sujetos a los que, de manera generalizada, engloba el artículo 222.11 LH<sup>284</sup>. Este hecho se debe a que a partir de este dato es posible conocer con exactitud el lugar donde se encuentra físicamente y de manera habitual el titular registral<sup>285</sup>.

En los supuestos de violencia de género resulta especialmente peligroso que el agresor conozca el lugar donde reside su víctima<sup>286</sup>. Basta remitirse al Informe realizado por el Consejo General del Poder Judicial del año 2019 sobre víctimas mortales de la violencia de género y doméstica en el ámbito de la pareja o expareja, donde se puso de relieve que «el domicilio, común o de uno de los miembros de la pareja o expareja, es el lugar que registra un mayor número de casos de feminicidios», en concreto, «el 84 % de los casos tuvieron lugar en el interior de un domicilio»<sup>287</sup>. Debe destacarse, sin embargo, que en la mayor parte de los supuestos la agresión se acometió en el domicilio común (70,2 %), lo cual no elimina, en nuestra opinión,

p. 197. En sentido similar, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 468; VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 70 nota núm. 8 y p. 88.

MORAL MORO, en cambio, subraya la imposibilidad de revelar el domicilio a través de la publicidad formal. MORAL MORO, 2010, pp. 241, 242, 250 y 292. BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ entienden que no se podrá dar a conocer el domicilio cuando se esté realizando una búsqueda de una persona concreta. BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 6. De manera similar, VILLAVERDE MENÉNDEZ sostiene que no se puede acceder a este dato cuando no esté conectado con una verdadera finalidad patrimonial. VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2007, p. 70 nota al pie núm. 8.

<sup>284</sup> Como afirma RAGA SASTRE, el conocimiento público del lugar donde se encuentra el domicilio o la segunda residencia puede facilitar la perpetración de ciertos delitos. RAGA SASTRE, *R. C. D. I.*, 2019, p. 294. En parecido sentido, DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 149 y 150. Véase, asimismo, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 146 y 148; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1879. De manera general, VALDÉS DÍAZ, *R. C. D. I.*, 2019, p. 381. También parece deducirse de lo expuesto en ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969, quien, a su vez, se apoya en GIMÉNEZ GÓMEZ LAFUENTE [hacemos notar que creemos que la autora se refiere a GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE].

Por su parte, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA afirman que el inciso 11.º del artículo 222 LH ofrece cobertura necesaria para denegar el acceso a la información relativa al domicilio del titular registral. MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 468.

<sup>285</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 149, 150, 157 y 158.

<sup>286</sup> Sobre el peligro concreto de que se conozca el domicilio de las víctimas de violencia de género, véase, por ejemplo, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, p. 1879; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 149 y 150; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 146 y 148. Sigue a estos últimos autores, MORAL MORO, 2010, p. 232. También, por ejemplo, parece desprenderse del trabajo de ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 468.

Aunque se trata de un campo jurídico distinto, ARAGONESES MARTÍNEZ se refiere de manera sucinta al problema de los datos que permitan localizar a la víctima. ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, p. 188.

<sup>287</sup> Véase la p. 22 del citado Informe. Accesible en: <https://bit.ly/3zF6ay8> (Página consultada por última vez el 15 de junio de 2022).

el peso del 29,8 % de los casos en los que el agresor acudió al domicilio de la víctima para quitarle la vida<sup>288</sup>.

Datos similares arroja el Informe realizado por el Consejo General del Poder Judicial del año 2020 sobre víctimas mortales de la violencia de género y doméstica en el ámbito de la pareja o expareja<sup>289</sup>, pues el 80 % de las agresiones se produjo en el domicilio<sup>290</sup> (según se recoge en el Informe, en el 83 % de los casos el domicilio era común, en el 14 % de la propia víctima y 3 % de los supuestos restantes, la agresión se produjo en la vivienda del maltratador)<sup>291</sup>.

### C) Datos del otro cónyuge

Para finalizar este epígrafe, se hace necesario subrayar que, bajo nuestro punto de vista, resulta especialmente sensible la publicidad formal de los datos del cónyuge del titular registral (nombre, apellidos y domicilio *ex art.* 51 RH)<sup>292</sup>, lo que se explica, en el supuesto que nos ocupa, no tanto por el hecho de que ello pueda revelar de manera indirecta la orientación sexual de la víctima<sup>293</sup> (tras la ruptura de su relación heterosexual, la mujer puede haber cambiado de orientación sexual<sup>294</sup> o, en su caso, reconocer su verdadera identidad tras mantenerla oculta), sino por la dinámica propia del comportamiento sexista.

Enlazando con lo anterior, no podemos pasar por alto que los celos suelen acompañar al fenómeno de la violencia de género. De este modo, puede resultar peligroso, tanto para la víctima como para su actual pareja sentimental, que un maltratador tenga acceso a la identidad y a los datos relativos al domicilio de esta última.

<sup>288</sup> Datos accesibles en el enlace transcrito en la nota al pie anterior.

<sup>289</sup> En la p. 22 del citado Informe se afirma de manera casi idéntica que «el domicilio común o de uno de los miembros de pareja o expareja, es el lugar que registra mayor número de casos de feminicidio». Accesible en: <https://bit.ly/3aQP2ef> (Página consultada por última vez el 15 de junio de 2022).

<sup>290</sup> P. 22 del mencionado Informe.

<sup>291</sup> P. 22 del citado Informe.

<sup>292</sup> Aunque de manera general, GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879; VALDÉS DÍAZ, R. C. D. I., 2019, p. 381. Con referencia al domicilio, ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 148.

Con respecto a la necesidad de impedir el acceso a este tipo de información, BASTIDA FREDERO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 6.

<sup>293</sup> Por ejemplo, aunque no aludiendo a este tema específico, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, pp. 5, 6, 21 y 22; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 156; VALDÉS DÍAZ, R. C. D. I., 2019, p. 381; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 152; VIVAS TESÓN, 2020, p. 183.

<sup>294</sup> Aunque no se refiere a los supuestos de violencia de género, MENDOZA DEL MAESTRO, 2017, pp. 543, 544 y 546 habla de esta posibilidad.

### 7.3 CUESTIONES PROCEDIMENTALES

Como apunta Guichot Reina<sup>295</sup>, ciertos grupos parlamentarios, concretamente el Partido Popular, Esquerra Republicana y Coalición Canaria, aprovecharon el Proyecto de Ley de reformas para el impulso a la productividad para proponer la articulación de un procedimiento encaminado a limitar la publicidad registral por cuestiones relacionadas con la seguridad (enmiendas núm. 65, 115 y 16, respectivamente)<sup>296</sup>. Aunque tal propuesta no fue introducida en el texto que fue finalmente aprobado, coincidimos con el autor anteriormente mencionado en que aquella se erige como un posible punto de partida<sup>297</sup>. Pasamos, pues, a analizar diversos aspectos relacionados con el procedimiento en su día propuesto, siguiendo, para ello, el orden que se seguía en las mencionadas enmiendas.

#### A) Solicitud de restricción de acceso

Los primeros párrafos de la propuesta señalaban que *«la publicidad registral podrá ser restringida por razones de protección de la seguridad e integridad de las personas o bienes con arreglo al siguiente procedimiento: La solicitud de restricción, en la que se señalarán los asientos registrales cuya publicidad deba restringirse, se presentará por el titular registral ante el Juzgado correspondiente al Registro en que existan inscritos derechos a favor del solicitante. El Juzgado competente resolverá si procede dicha restricción de publicidad con audiencia del Registrador»*<sup>298</sup>.

Como vino a señalar el grupo parlamentario Popular, parece adecuado que, en este caso, se judicialice el procedimiento de limitación<sup>299</sup>. Así, conviene partir de las reflexiones expuestas por Gimeno Sendra, quien con apoyo en la doctrina alemana, indicó que la restricción de derechos fundamentales debe ser acordada por *«resolución judicial especialmente motivada»* y ello por cuanto, explica el mencionado autor, a partir de este mecanismo el afectado, además de conocer la causa en la que se fundamenta la limitación del ejercicio de su derecho constitucional también puede *combatir* dicha decisión

<sup>295</sup> GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879 nota al pie núm. 23.

<sup>296</sup> Véase, nuevamente, <https://bit.ly/3IJRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<sup>297</sup> GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1879 nota al pie núm. 23.

<sup>298</sup> <https://bit.ly/3IJRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<sup>299</sup> Así, se afirmó que *«... por razones especiales de seguridad, se compatibilizan los principios de publicidad registral con los de seguridad personal, a través de un procedimiento judicial»*. <https://bit.ly/3IJRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

a través del oportuno recurso<sup>300</sup>. Es cierto que el derecho que se pretende restringir de manera directa no es, en nuestra opinión, un derecho fundamental [recuérdese, art. 105 b) CE y no art. 20.1 d) CE], pero también lo es que la limitación de acceso está dirigida a salvaguardar derechos fundamentales de especial relieve, por lo que, en nuestra opinión, resulta de extrema importancia que exista un control judicial sobre la cuestión<sup>301</sup>.

La solución que se proponía en el texto de las enmiendas parecía seguir de manera indirecta la archiconocida máxima de la *lex rei sitae*. En otro orden de cosas, parece oportuno que quien realice la solicitud sea la víctima de violencia de género que ostente la condición de titular registral. También podría plantearse aquí si podría resultar conveniente que, al margen de la petición de la titular registral, el órgano jurisdiccional competente actúe de oficio ordenando la limitación de acceso en supuestos de violencia de género que se hayan judicializado, de modo que el registrador pudiera conocer a la mayor brevedad posible de la existencia de un procedimiento relativo a la materia que nos ocupa<sup>302</sup>. Nada parece empañar esta posibilidad si se tiene en cuenta que en los procedimientos relacionados con la violencia de género el juez puede actuar de oficio respecto a la adopción de medidas tendentes a proteger a la víctima *ex* artículo 61.2 LO 1/2004<sup>303</sup>.

## B) Pronunciamiento favorable respecto a la restricción

El segundo punto a examinar es el relativo al resolución positiva respecto a la limitación de acceso. Así, la propuesta contemplaba

---

<sup>300</sup> GIMENO SENDRA, 1998, p. 208. Del mismo modo conviene destacar que, por ejemplo, respecto a las medidas existentes en la LO 1/2004, ARAGONESES MARTÍNEZ recuerda la necesidad de que sea un juez el que analice la cuestión para salvaguardar los derechos de la víctima, así como los del presunto maltratador (sobre este último aspecto, la autora remite al art. 68 LO 1/2004, subrayando, por ejemplo, el derecho de defensa). ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, pp. 171, 172 y 182. También menciona, como después señalaremos, la necesidad de que el auto se encuentre motivado, ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, pp. 171, 176 y 182.

<sup>301</sup> Precisamente, esta reflexión parece atisbarse en la enmienda núm. 66 del grupo parlamentario Popular que queda transcrita en la nota al pie núm. 299 de este trabajo.

<sup>302</sup> Se agradecen las preguntas, así como, las reflexiones transmitidas en este punto por los Profesores de la Universidad de La Laguna GARCÍA GARCÍA, y SÁNCHEZ JORDÁN.

<sup>303</sup> Según el mencionado precepto, «*en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas*».

que «*acordada la restricción de la publicidad, se comunicará al Registrador o Registradores en cuyos Registros se encuentren los asientos indicados en la solicitud, respecto de los que se tomarán las medidas precisas para que los ficheros, archivos y hojas registrales relativos a los asientos de que se trate queden excluidos del acceso al público durante el tiempo, prorrogable, y con el alcance que determine la propia resolución, restringiéndose entretanto la publicidad formal a la que sea solicitada a instancia del titular registral, o por orden de la autoridad judicial. Dos meses antes del vencimiento del plazo de restricción autorizado, el Registrador notificará la fecha de dicho vencimiento al titular interesado, con indicación de la posibilidad de solicitar su prórroga. La concesión de prórrogas se sujetará al mismo procedimiento que la autorización de restricción*»<sup>304</sup>.

Como responsable, resulta imprescindible que se comuniqué al registrador correspondiente la limitación de la publicidad registral de los asientos que contienen los datos que pueden poner en entredicho la seguridad personal. Precisamente, esto es lo que permitirá al registrador establecer las medidas de seguridad que correspondan<sup>305</sup>, tal y como se contemplaba en las tan citadas enmiendas.

Esta restricción, como no podía ser de otro modo, debería extenderse por un período de tiempo determinado, que, como se indica en el texto transcrito de las mencionadas enmiendas, debería de estar fijado en la propia resolución judicial, ya que, no se pueden recortar libertades *sine die* en este campo<sup>306</sup>, sin perjuicio de que, por ciertos motivos, pudiera fijarse una prórroga, tal y como se prevé en la propuesta. El problema de la violencia de género es que suele traducirse en una amenaza persistente, por lo que podrá resultar complicado para el juez establecer el tiempo de duración de la restricción.

<sup>304</sup> <https://bit.ly/3IJRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<sup>305</sup> Por otro lado, es compartido por la doctrina que el registrador ha de aplicar, con carácter general, las medidas de seguridad. Así lo señalan, entre otros, MORAL MORO, 2010, p. 204; OROZCO PARDO, 2008, p. 141; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 131; VIVAS TESÓN, 2020, p. 160. Por su parte, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA en los Registros de la Propiedad se debe seguir el criterio de que las normas de seguridad guíen la actuación de todos los sujetos que desempeñen una función laboral en el Registro como por aquellos que lleven a cabo meras tareas de colaboración. Así, MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 473.

<sup>306</sup> Aunque en otro escenario, en el ámbito de la violencia de género las medidas de protección tienen, como recuerda ARAGONESES MARTÍNEZ a lo largo de diversas páginas de su trabajo, una duración temporal según se desprende de la propia normativa. ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, pp. 171, 172, 182, 183 y 184. En especial, la redacción actual del artículo 61.2 LO 1/2004, que conviene transcribir nuevamente: «*en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso [...] sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo...*».

### C) **Petición de información**

Lo que podría calificarse de propuesta contenía, asimismo, una previsión respecto a los supuestos en los que, habiéndose acordado judicialmente la restricción de acceso, se solicitasen datos contenidos en los asientos sustraídos al principio de publicidad registral. De este modo, en las enmiendas se establecía que *«el Registrador a quien se solicite información sobre persona o finca con publicidad restringida se limitará a denegarla o suspenderla, comunicando la fecha de la resolución, siendo tal denegación o suspensión recurrible en el plazo y por los trámites establecidos en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, para el recurso contra la calificación desestimatoria. El Registrador procederá de la forma indicada en el párrafo anterior, con carácter preventivo, desde que tenga conocimiento de la solicitud de restricción hasta que le sea notificada la desestimación de la misma. La restricción de acceso acordada solo se levantará por transcurso del plazo para el que fue concedida, por orden judicial o por renuncia del interesado»*<sup>307</sup>.

Del texto transcrito merece la pena comentar, en nuestra opinión, tres puntos. El primero de ellos es el de la motivación de la calificación negativa. La propuesta prevé que, en los casos en los que se solicite la información que se halla oculta a los ojos del público, el registrador se limite a denegar o, en su caso, a suspender la publicidad del asiento, solución que, bajo nuestro punto de vista, puede generar ciertos problemas de seguridad jurídica en cuanto que parece que puede limitarse el derecho a acceder a la información registral sin la correspondiente fundamentación jurídica. Estimamos, pues, que no estaría de más que en la futura regulación se especifique que la respuesta negativa del registrador (denegación o suspensión) habrá de estar motivada, como viene ocurriendo respecto a la denegación por falta de interés<sup>308</sup> y las

<sup>307</sup> <https://bit.ly/3lJRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<sup>308</sup> Téngase en cuenta que, respecto al acceso telemático, en el artículo 222.3 bis se prevé que *«... si el registrador entendiera que no ha quedado acreditado de modo suficiente dicho interés legítimo, podrá solicitar que se le complete éste. En todo caso, el registrador deberá notificar al solicitante en el plazo máximo de veinticuatro horas si autoriza o deniega el acceso, en este último caso de forma motivada»*.

Sin distinguir entre información telemática y física, VIVAS TESÓN subraya la necesidad de que exista motivación respecto a la calificación negativa con apoyo en la RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817). VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 144; VIVAS TESÓN, 2020, p. 173. Por su parte, MORAL MORO habla de la necesidad de que esa calificación negativa respecto al interés se encuentre fundamentada. MORAL MORO, 2010, p. 231.



propias medidas judiciales de protección y de seguridad el ámbito de la violencia de género<sup>309</sup>.

No obstante lo anterior y en consonancia con la finalidad que se pretende alcanzar, la resolución del registrador no podría revelar datos que pudieran poner en peligro a la víctima de violencia de género. De este modo, entendemos que, aunque deba motivarse cualquier denegación o suspensión de petición de información registral, esta fundamentación consistirá en indicar de manera sucinta que no pueden revelarse datos relacionados con la finca de que se trate por motivos de seguridad en virtud de la normativa vigente, no debiendo darse a conocer, en ningún caso, el nombre de la titular registral ni, huelga decir, otros datos sensibles como el domicilio. Aquí podría aplicarse, en la línea de lo señalado por Aragoneses Martínez, métodos de anonimización similares a las que se prevén en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos protegidos y peritos en causas criminales<sup>310</sup>.

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos que han llamado nuestra atención, nos preguntamos si convendría añadir un apartado en el que se estableciese la obligación de poner en conocimiento de la víctima las posibles peticiones respecto a la información registral<sup>311</sup>. Sabemos que el derecho de acceso que se reconoce en la LOPD (art. 13 LOPD), así como en el RGPD, permite al interesado conocer quiénes son «*los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular destinatarios en terceros u organizaciones internacionales*» [art. 15.1 c) RGPD]<sup>312</sup>, lo cual no es más que una

<sup>309</sup> Cabe señalar que, aunque se trate de una autoridad diversa (judicial), en el ámbito propio de la violencia de género la adopción de medidas se realizará a través de un auto motivado *ex* artículo 68 LO 1/2004. Ello se recalca especialmente en ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, pp. 171, 176 y 182. Del mismo modo, ya señalamos que GIMENO SENDRA, 1998, p. 208 indicaba las bondades de los pronunciamientos debidamente motivados (aunque el autor se refiere a los judiciales).

<sup>310</sup> En este sentido, la autora sostiene que, al menos abstractamente, no habría obstáculo para aplicar en los supuestos de violencia de género las distintas medidas encaminadas salvaguardar la integridad de los testigos protegidos. ARAGONESES MARTÍNEZ, 2006, p. 187. Por su parte, DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, al realizar un cuadro explicativo sobre las medidas de seguridad respecto a los datos relativos a la violencia de género, subraya, entre otras cuestiones, que, según la normativa, existen determinados supuestos en los que se cifran ciertos datos (parece referirse, aunque sin mencionar expresamente el precepto, a la medida contenida en el art. 101.2 RLOPD). Así, DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2020, p. 211.

<sup>311</sup> Respecto a los casos de violencia de género, ROCA TRÍAS, *R. J. C.*, 2016, p. 317; ROCA TRÍAS, 2017, pp. 691 y 692. Aunque no se refiere de manera específica a este supuesto, véase DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, 2008, pp. 169 y 170. También, DE ÁNGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 149 y 150. Se plantea esta cuestión, asimismo, TAUS, 2017, p. 742.

<sup>312</sup> Aluden a la posibilidad de ejercitar el derecho de acceso en sede registral, por ejemplo, VIVAS TESÓN, 2020, p. 182; MORAL MORO, 2010, pp. 219 y 277-280; DE ÁNGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho*

expresión de los denominados «... *principios de tratamiento leal y transparente...*»<sup>313</sup>. De este modo, según se puso de manifiesto en la Instrucción de 17 de febrero de 1998, «*las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años*».

En concordancia con lo anterior, el artículo 222.2 bis LH establece que «*la identificación del solicitante se efectuará mediante los apellidos, nombre y número de identidad de las personas físicas y razón social o denominación de las personas jurídicas, número de su código de identificación y dirección de correo electrónico hábil a efectos de notificaciones. En todo caso, la solicitud deberá estar firmada con la firma electrónica reconocida del solicitante, de la persona jurídica o del representante de ésta*». En este sentido, se observa cómo la legislación proscribía las consultas anónimas, como bien señala Vivas Tesón<sup>314</sup>.

La doctrina advierte, asimismo, que el titular de los datos no solo tiene derecho a conocer quién ha realizado la petición, sino, además, cual era la finalidad que se perseguía con la misma<sup>315</sup>. En este sentido, no puede olvidarse que el derecho a la protección de datos incluye «... *el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos...*» [STC 30 noviembre 2000]<sup>316</sup>.

El derecho a conocer quién y por qué ha consultado los datos entra en juego, sin embargo, a instancia de parte<sup>317</sup> de modo que,

---

y *nuevas tecnologías*, 2004, pp. 140 y 149; GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 200; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 463; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 151; GUICHOT REINA, R. C. D. I., 2006, p. 1880; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, p. 135; VIVAS TESÓN, 2020, p. 164.

<sup>313</sup> Considerando 60 RGPD. Véase, asimismo, el artículo 5.1 a) del anteriormente citado cuerpo normativo.

<sup>314</sup> VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 143 y 144; VIVAS TESÓN, 2020, p. 173. Ello es criticado por ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 95.

<sup>315</sup> BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, pp. 3, 5 y 7. En parecido sentido, MORAL MORO habla sobre el derecho a conocer, no solo la identidad del peticionario, sino también el destino de los datos y el contenido de la información que se reveló conforme a la legislación anterior de protección de datos. MORAL MORO, 2010, pp. 198, 278 y 288.

<sup>316</sup> (RTC 2000\292). De modo similar, STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\290).

<sup>317</sup> ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1969; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 143 y 144; VIVAS TESÓN, 2020, p. 173; MORAL MORO, 2010, pp. 241, 248 y 296; DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 169; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, pp. 459, 467, 470 y 471; OROZCO PARDO, 2008, pp. 138 y 139; GÓMEZ GÁLLIGO, R. C. D. I., 2002, p. 200. De igual modo, la Instrucción de 17 de febrero de 1998.

De forma algo más tímida, DE REINA TARTIÈRE, *La Notaria*, 2012, p. 61.

como apunta la doctrina<sup>318</sup> y la propia antigua Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>319</sup>, el registrador no tiene el deber de informar al interesado sobre las peticiones de publicidad formal que se proyecten sobre sus datos personales, lo cual parece ser congruente con el Considerando 62 RGPD<sup>320</sup>. Estimamos, sin embargo, que debería establecerse la obligatoriedad de la puesta en conocimiento de las consultas realizadas en los supuestos en los que entre en juego la integridad y la seguridad de bienes y personas<sup>321</sup>.

Pensemos en el caso concreto que nos ocupa. Si un maltratador realiza una petición de información registral con el fin de localizar a la que ha sido su pareja, lo lógico es que, por razones de seguridad, se impusiera la obligatoriedad de poner sobre aviso a la víctima con el fin de que esta tomase las precauciones necesarias (desplazarse a

<sup>318</sup> Entre otros, DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 169; DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, p. 149; MARTÍNEZ GARCÍA, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, 2021, p. 470; MORAL MORO, 2010, pp. 248 y 296; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 163, 164 y 175; VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 134 y 145; GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1878 y 1879. BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ hablan de la posibilidad de informar de la consulta, de lo que se deduce que no es obligatorio. BASTIDA FREIJEDO, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Diario La Ley*, 2005, p. 6. En igual sentido, VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2007, p. 82; GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 200. OROZCO PARDO también habla de la posibilidad («puede») de saber quién ha hecho la consulta. OROZCO PARDO, 2008, p. 139.

<sup>319</sup> Instrucción de 17 de febrero de 1998. De forma más tímida, en tanto que solo se refiere al almacenamiento de los datos del peticionario, la Instrucción 5 de febrero de 1987. También pueden citarse aquí, con apoyo en las instrucciones anteriores, la RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817); RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145); RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219); RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063); RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813); RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497).

<sup>320</sup> El citado Considerando establece que «no es necesario imponer la obligación de proporcionar información cuando el interesado ya posea la información, cuando el registro o la comunicación de los datos personales estén expresamente establecidos por ley, o cuando facilitar la información al interesado resulte imposible o exija un esfuerzo desproporcionado». El subrayado es nuestro.

<sup>321</sup> De forma más generalizada, DE ANGULO RODRÍGUEZ sostiene que, aunque no haya obligatoriedad, el registrador debería comunicar la consulta. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 170. Del mismo modo, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 149 y 150. A esta tesis se adhiere GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1878, 1879, 1880 y 1881. Este último autor se refiere de manera específica al supuesto en el que una persona que halla en peligro (pp. 1878 y 1879), proponiendo *de lege ferenda* la obligatoriedad de la medida (p. 1880).

Aunque no pareciese recoger la obligatoriedad, en la enmienda núm. 17 al Proyecto de Ley de Reformas para el impulso de la productividad, el grupo parlamentario de Coalición Canaria propuso que el apartado 4.º del artículo 221 bis LH quedase redactado del siguiente modo «los Registradores, si lo estiman conveniente para los intereses del titular sobre el que se solicite información, podrán comunicar al mismo, en el domicilio que conste en el Registro, la identidad de los solicitantes de información sobre los bienes de su pertenencia, salvo que se trate de informaciones registrales solicitadas u ordenadas por la autoridad judicial». ÁLVAREZ-SALA WALTHER sostiene, sin embargo, que las previsiones contenidas en la enmienda ya fueron propuestas en su día por la segunda Asamblea General de Registradores de la Propiedad (año 1988). ÁLVAREZ-SALA WALTHER, 2008, p. 197 nota al pie núm. 95.

otro punto, poner el hecho en conocimiento de las autoridades policiales, entre otros)<sup>322</sup>.

Por lo que se refiere al tercero de los aspectos que han llamado nuestra atención, la propuesta recalca una idea a la que ya habíamos hecho referencia con anterioridad y es que un derecho reconocido por la Constitución española no puede quedar limitado hasta el punto de convertirse en un mero expediente teórico. De este modo, resulta lógico que se pueda acceder a la información registral objeto de restricción en los supuestos que se prevén en la propuesta, esto es, por la finalización del plazo que se fijó en sentencia (se entiende que por desaparecer el peligro), por orden del juez (puede darse el caso en el que los datos restringidos puedan revelarse para un supuesto concreto cuando se halle justificado, como sería, por ejemplo, en el caso de que el acreedor hipotecario necesitase ciertos datos obrantes en el Registro para ejercitar alguna acción relativa al derecho real de hipoteca que grava el inmueble<sup>323</sup>) y, por último, por la renuncia de la víctima de violencia de género.

<sup>322</sup> Especialmente, aludiendo a la necesidad de que se imponga la obligatoriedad de trasladar la consulta con el principal fin de que el titular quede advertido de ciertos peligros, GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1878, 1879, 1880 y 1881.

Aunque no se refiere a este caso en concreto, alude a la idoneidad de comunicar la consulta al titular registral cuando ello pueda afectarle DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 170. En igual sentido, DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 149 y 150. También en el plano de la idoneidad (no parece que se quisiera imponer obligatoriamente la necesidad de trasladar la consulta que se había realizado), destaca una de las enmiendas (enmienda 16.<sup>a</sup>) presentada por el grupo parlamentario de Coalición Canaria al Proyecto de Reformas para el impulso a la productividad). Véase en: <https://bit.ly/3IJRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<sup>323</sup> GÓMEZ GÁLLIGO señala que no es infrecuente que el acreedor hipotecario requiera conocer el domicilio del titular registral. GÓMEZ GÁLLIGO, *R. C. D. I.*, 2002, p. 196. Le sigue ROJO IGLESIAS, «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», 2019, p. 1967. MARTÍNEZ ESCRIBANO también recalca el interés que, de forma general, puede tener el acreedor a la hora de conocer la información registral. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Indret*, 2020, p. 17.

En este sentido, DE ANGULO, según BALLUGERA GÓMEZ, recuerda la existencia del artículo 590 Ley de Enjuiciamiento Civil. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2008, p. 9. Lo mismo hace el autor en otro de sus trabajos, donde, además, resalta que por cuestiones de seguridad se debería de establecer un sistema en el cual los datos personales que se publicasen fuesen los estrictamente necesarios, requiriéndose el consentimiento del titular o autorización judicial en el caso de querer obtener más información. DE ANGULO RODRÍGUEZ, 2008, p. 172. GUICHOT REINA apunta una idea similar en cuanto a los datos referidos a la persona y no la finca de manera directa, ya que, desde su punto de vista, se debería requerir autorización judicial (teniendo en cuenta el art. 590 LEC) o administrativa. GUICHOT REINA, *R. C. D. I.*, 2006, pp. 1871 y 1872. Aunque no se refiere en este punto específico al artículo 590 Ley de Enjuiciamiento Civil, VIVAS TESÓN también resalta las bondades que tendría un sistema en el que se publicasen unos datos tasados, siendo necesario el consentimiento del titular o una autorización del juez para poder recabar otros datos. VIVAS TESÓN, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, pp. 152 y 155; VIVAS TESÓN, 2020, pp. 183 y 189.

DE ANGULO junto a otros autores vuelve a traer a colación el artículo 590 Ley de Enjuiciamiento Civil, recordando que hay datos que son accesibles una vez existe autorización

## D) La fe pública registral

Por último, la propuesta preveía que «*la fe pública, en cuanto pueda perjudicar a tercero, quedará en suspenso respecto a los bienes cuya publicidad quede excluida del acceso al público durante el tiempo que dure la restricción*»<sup>324</sup>.

Parece que esta solución resulta adecuada teniendo en cuenta que el expediente de la fe pública registral requiere que se conozcan ciertos datos *ex* artículo 34 LH, que, en el caso que nos ocupa, no pueden revelarse por mandato judicial.

### 7.4 LA ATENCIÓN ESPECÍFICA A LA CUESTIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

En el apartado anterior nos hemos apoyado en el procedimiento previsto en algunas de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de reformas para el impulso de la productividad con la finalidad de analizar sus bondades y proponer la modificación de algún punto de cara a la futura construcción un procedimiento destinado a limitar la publicidad registral de los datos personales de los que son titulares las víctimas de violencia de género.

Una vez realizada la tarea que nos marcamos, estimamos que sería conveniente tener en cuenta otro aspecto: el tratamiento específico de la cuestión en clave de género. Así, creemos que no estaría de más que en la futura regulación, que, como hemos repetido en otros puntos de este trabajo, parece tener una vocación general (recuérdese que el art. 222.11 LH se dirigía a salvaguardar, de forma abstracta, la seguridad de ciertas personas y bienes, lo mismo ocurría con las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de reformas para el impulso a la productividad), se hiciese una mención específica al problema de la publicidad de datos de las titulares registrales-víctimas de violencia de género. En este sentido, creemos que, aunque se articule un procedimiento común para limitar el acceso a la información registral en relación con todas las personas a las que pueda afectar gravemente la publicidad formal de algunos datos, debería hacerse una alusión expresa a esta situación concreta.

---

judicial. DE ANGULO RODRÍGUEZ; CANALS BRAGE, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 146 y 147.

Téngase en cuenta, sin embargo, que la redacción actual del artículo 590 Ley de Enjuiciamiento Civil hace recaer en manos de los Letrados de la Administración de Justicia la función que antes le venía atribuida al tribunal.

<sup>324</sup> <https://bit.ly/3IJRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

Lo anterior obedece tanto a razones cuantitativas (parece el supuesto más usual de posible peligro frente a la publicidad registral; remitimos al lector a los datos sobre violencia de género a los que se hizo mención en el epígrafe 4.º de este trabajo) como cualitativas (se da visibilidad al problema relevante desde el punto de vista práctico-jurídico).

## 8. CONCLUSIONES

1. Los problemas derivados de la inexistencia de una normativa coherente en materia de protección de datos personales-registrales no cesan en los supuestos en los que el titular registral es una víctima violencia de género. A pesar de ello no podemos renunciar a intentar buscar e impulsar recursos normativos encaminados a proteger a este colectivo.

2. El apartado 11.º del artículo 222 LH tiene como principal finalidad el de proyectar un procedimiento destinado a garantizar la seguridad de ciertas personas y sus bienes a través de la limitación de acceso a la información registral. La doctrina considera que entre estas personas se encuentran, desde luego, las víctimas de violencia de género.

3. El fenómeno de la violencia de género tiene un grave impacto en nuestra sociedad, hecho que debería de favorecer una regulación específica en cuanto a la protección de la seguridad de las víctimas en lo que al tratamiento de sus datos registrales se refiere. Se puede plantear, sin embargo, si no existen ya otros mecanismos normativos que puedan garantizar el correcto desenvolvimiento de los derechos de la víctima-titular (control registral y posible aplicación de otros procedimientos).

4. El registrador lleva a cabo dos controles que están relacionados con la protección de datos, siendo el primero de ellos, el examen del interés y, el segundo, el tratamiento profesional de los datos como expresión del principio de minimización de datos.

5. El acceso a la información registral se hace depender del análisis del interés por parte del registrador, no obstante, a la hora de realizar este examen pueden existir ciertas deficiencias de carácter objetivo y subjetivo.

6. A pesar de que todos los datos que no sean necesarios para satisfacer el interés son tratados por el registrador, puede existir una fuga de los mismos teniendo en cuenta los problemas de control del interés, de un lado, y el contenido de información mínima en la expedición de notas simples, de otro.

7. Ante la falta de regulación del procedimiento contenido en el artículo 222.11 LH se plantea la posibilidad de recurrir de forma supletoria a aquel que se regula de manera general para el ejercicio del derecho de oposición propio de la normativa de protección de datos. Las diversas dudas respecto a la cuestión planteada hacen aconsejable que se desarrolle una normativa específica que garantice la seguridad jurídica y proteja los derechos en juego.

8. Los aspectos más relevantes sobre la futura regulación son, a nuestro juicio, a) el instrumento normativo a través del cual se va a garantizar la protección de las personas que se hayan amenazadas, b) cuáles son los datos registrales que se ven especialmente afectados por la limitación del acceso a la información registral y c) cómo será el procedimiento que se articulará.

9. Aunque existen dudas a la hora de determinar si la regulación debe instrumentarse a través de una ley ordinaria o, en cambio, mediante una ley orgánica, lo cierto es que todo parece indicar que se trata de una materia que debería regularse por ley, sin perjuicio de la posible colaboración de reglamentos.

10. Hay ciertos datos personales-registrales que presentan una mayor afección frente a la restricción de acceso a la información en los casos de violencia de género. Estos datos son a) la identidad del titular registral, b) el domicilio y c) los datos del otro cónyuge.

11. La articulación de un futuro procedimiento podría apoyarse sobre la base de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de reformas para el impulso de la productividad, donde se recogía una propuesta en la que destacaba la intervención judicial anudada a la colaboración registral.

12. A pesar de que se regule un procedimiento común destinado a proteger a ciertos colectivos frente a los peligros que puede encerrar la publicidad registral, tal vez sería adecuado que la futura regulación hiciera una alusión específica a los supuestos de violencia de género.

## BIBLIOGRAFÍA

- AKKERMANS, Bram: «The *numerus clausus* of property rights», en *Comparative Law. Global Perspectives* (ed. Graziadei, Michele and Smith, Lionel), Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, 2017, pp. 100-120.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «Nuevas perspectivas de la publicidad registral», en *Derecho de la empresa y protección de datos* (coord. Álvarez-Sala Walther, Juan), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2008, pp. 173-210.

- ANGULO RODRÍGUEZ, Javier de: «Protección de datos y publicidad en el Registro de la Propiedad», en *Derecho de la empresa y protección de datos* (coord. Álvarez-Sala Walther, Juan), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2008, pp. 147-172.
- ANGULO RODRÍGUEZ, Javier de; CANALS BRAGE, Fernando, y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis: «Publicidad formal de los asientos registrales: doctrina, interés legítimo y protección de datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 6, 2004, pp. 133-155.
- APARICIO SALOM, Javier: «Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas (Arts. 21-23 RGPD. Art. 18 LOPDGD)», en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGP y la LOPDGD* (coord. López Calvo, José), 2.<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 397-406.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara: «Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género», en *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pp. 163-191.
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, Irene: *El papel de la autonomía privada en el ámbito de los derechos reales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamientos residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 787, septiembre-octubre, 2021, pp. 2875-2927.
- BACON, Francis: citado en *Aurea Dicta. Dichos y proverbios del mundo clásico* (selección Valentí, Eduard, trad. y complementos Galí, Neus), Editorial Crítica, Barcelona, 1987.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «La publicidad de los Registros jurídicos y la protección de datos personales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17/2008, 2008, pp. 1-13. (Versión online).
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., y VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: «Protección de datos y Registros de la Propiedad y Mercantil. La necesidad de una pronta adaptación normativa», *Diario La Ley*, núm. 6277, 2005, pp. 1-8. (Versión online).
- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «La autorregulación en el Reglamento General de Protección de Datos como solución frente al mercado digital fragmentado: el menor y los Registros», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, noviembre-diciembre, 2018, pp. 3119-3172.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis: «La especial protección de los datos personales de las víctimas de violencia de género en las administraciones públicas», en *Estudios interdisciplinarios de género* (dir. Del Pozo Pérez, Marta), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 190-214.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «La protección de datos en la Constitución española», en *Anales (I) 1996/1997/Centro para la investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 205-225.
- GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier: «La publicidad formal y la legislación de protección de datos tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 669, 2002, pp. 191-227.
- GÓMEZ PÉREZ, Ana: «La digitalización del Registro de la Propiedad y la protección de datos en Puerto Rico», en *XX mundial de derecho registral= 20th world land registration congress*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 318-328.
- GUICHOT REINA, Emilio: «La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos. En especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de los libros del Registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697, 2006, pp. 1867-1908.



- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique: «Sobre interés legítimo y protección de datos», *Diario La Ley*, núm. 9864, 2021, pp. 1-3. (Versión online).
- MACHUCA, Javier, y FERNÁNDEZ-ALLER, Celia: «La Protección de datos personales y la publicidad registral», en *X años de Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997* (dir. Davara Rodríguez, Miguel Ángel), Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 193-212.
- MANRIQUE PLAZA, Javier: «Conflictos entre protección de datos y publicidad registral», *A. A. M. N.*, T. 47, 2009, pp. 374-404.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La protección de datos personales en el Registro de la Propiedad», *Indret*, núm. 3, 2020, pp. 1-24. Accesible en: <https://bit.ly/3nIjEDh> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).
- MARTÍNEZ GARCÍA, Eduardo, y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, Carmen: «Tratamiento de los datos en los registros de la propiedad y mercantiles y de bienes muebles. La visión del registrador (comentario al artículo 2.3 LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales T. I* (dir. Troncoso Reigada, Antonio), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 449-475.
- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto: «Publicidad formal, apariencia y ¿protección de datos personales?», en *XX mundial de derecho registral= 20th world land registration congress*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 543-557.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho», en *La calificación registral T. I* (edición a cargo de Gómez Gállico, Francisco Javier), 1.ª, Civitas, Madrid, 1996, pp. 23-39.
- «La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho», en *La calificación registral T. I* (edición a cargo de Gómez Gállico, Francisco Javier), 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 31-47.
- MENDOZA ENRÍQUEZ, Olivia Andrea: «Blockchain y protección de datos personales», *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 8, 2020, pp. 107-119. Accesible en: <https://bit.ly/310FvEz> (Página consultada por última vez el 30 de marzo de 2022).
- MORAL MORO, María José: «La ley de protección de datos y los Registros de la Propiedad y Mercantil», en *Protección de datos y proceso penal* (coord. Pedraz Penalva, Ernesto), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 195-305.
- NOBLIA, Aída: «Datos registrales, personales, bigdata. Conceptos, relaciones y utilidad», en *XX mundial de derecho registral= 20th world land registration congress*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 605-634.
- OLIVO IZQUIERDO, Antonio Manuel: «Principales novedades y preceptos a destacar, desde una perspectiva registral, de la Ley 8/2021, de 2 de junio», 2021. Accesible en: <https://bit.ly/3L5tYO9> (Página consultada por última vez el 21 de marzo de 2021).
- ORIOLO VICO, Mercedes: «Novedades de la norma más esperada. Endurecimiento en la protección de datos de menores y de víctimas de la violencia de género», *Red Seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, núm. 33, 2008, pp. 58-59.
- OROZCO PARDO, Guillermo: «Protección de datos personales en el ámbito registral», en *Derecho de la empresa y protección de datos* (coord. Álvarez-Sala Walther, Juan), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2008, pp. 121-146.

- ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel: «El principio de publicidad registral y sus manifestaciones: especial atención a su dimensión formal y a la incidencia de los derechos fundamentales en su configuración», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, julio-diciembre, 2021, pp. 287-321.
- PASCUAL HUERTA, Pablo: «Limitación del tratamiento (comentario al art. 4.3 RGPD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales T. I* (dir. Troncoso Reigada, Antonio), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 601-607.
- «Derecho a la limitación del tratamiento (comentario al artículo 18 RGPD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales T. I* (dir. Troncoso Reigada, Antonio), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1605-1632.
- PAZ-ARES, Cándido: *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
- PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, Plácido: «La publicidad registral y el derecho a la intimidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, mayo-junio, 1992, pp. 1113-1146.
- RAGA SASTRE, Nuria: «Retos del Registro de la Propiedad en materia de protección de datos y nuevas tecnologías», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. extra 775, 2019, pp. 269-303.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel de: «El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad», *La Notaria*, núm. 2, 2012, pp. 49-66. Accesible en: <https://bit.ly/3pSxrHw> (Página consultada por última vez el 10 de marzo de 2022).
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «Registro de la Propiedad y Protección de datos», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2016, pp. 301-318.
- «Registro de la Propiedad y Protección de datos», en *XX mundial de derecho registral= 20th world land registration congress*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 671-693.
- ROJO IGLESIAS, Emma: «Comentario al artículo 222 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (dir. Domínguez Luelmo, Andrés), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 1966-1978.
- «Comentario al artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (dir. Domínguez Luelmo, Andrés), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 1978-1981.
- TAUS, Mihai: «Protection of personal data in the context of registration of the real rights», en *XX mundial de derecho registral= 20th world land registration congress*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 739-742.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: «Del derecho a la intimidad, la protección de datos personales y la publicidad inmobiliaria registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. extra 775, 2019, pp. 371-385.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: «Datos personales y Registros de la Propiedad y Mercantil», en *La administración y la información*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 57-94.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El nuevo régimen de protección de datos del Registro de la Propiedad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 33, 2018, pp. 117-156. Accesible en <https://bit.ly/3M8CBaP> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).
- «La protección de datos personales en el ámbito de los Registros de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles», en *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil* (coord. Bello Janeiro, Domingo), Reus, Madrid, 2020, pp. 147-191.

## **PÁGINAS WEB**

<https://bit.ly/3CmzrLX> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<https://bit.ly/3IJRFQT> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<https://bit.ly/3CDLnKD> (Página consulta por última vez el 1 de junio de 2022).

<https://bit.ly/3PXzyVR> (Página consultada por última vez el 1 de junio de 2022).

<https://bit.ly/3MrG84o> (Página consultada por última vez el 23 de abril de 2022).

<https://bit.ly/3zF6ay8> (Página consultada por última vez el 15 de junio de 2022).

<https://bit.ly/3aQP2ef> (Página consultada por última vez el 15 de junio de 2022).

## **JURISPRUDENCIA**

### **A) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

- STEDH (Sección 4.<sup>a</sup>) 14 abril 2020 (TEDH 2020\50).
- STEDH (Sección 4.<sup>a</sup>) 6 abril 2021 (TEDH\2021\45).

### **B) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\290). Ponente: Excelentísimo Señor D. Julio Diego González Campos.
- STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000\292). Ponente: Excelentísimo Señor D. Julio Diego González Campos.
- STC 16 enero 2006 (RTC\2006\11). Ponente: Excelentísimo Señor D. Manuel Aragón Reyes.
- STC 24 febrero 2020 (RTC\2020\28). Ponente: Excelentísima Señora Dña. Encarnación Roca Trías.

### **C) TRIBUNAL SUPREMO**

- STS 3 marzo 1995 (RJ\1995\2292). Ponente: Excelentísimo Señor D. Pablo García Manzano.

- STS 24 febrero 2000 (RJ\2000\2888). Ponente: Excelentísimo Señor D. José Manuel Sieira Míguez.
- STS 12 diciembre 2000 (RJ\2001\552). Ponente: Excelentísimo Señor D. Jesús Ernesto Peces Morate.
- STS 7 junio 2001 (RJ\2001\6236). Ponente: Excelentísimo Señor D. José Manuel Sieira Míguez.

#### D) TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 22 enero 2001 (JUR\2001\56162). Ponente: Ilustrísimo Señor D. José Díaz Delgado.
- STSJ de Andalucía, Granada 4 abril 2017 (JUR\2017\165156). Ponente: Ilustrísimo Señor D. José Antonio Santandreu Montero.

#### **RESOLUCIONES DE LA ANTIGUA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

- RDGRN 22 febrero 1991 (RJ\1991\9848).
- RDGRN 30 mayo 2014 (RJ\2014\3817).
- RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ\2015\145).
- RDGRN 12 febrero 2015 (RJ\2015\1219).
- RDGRN 25 noviembre 2016 (RJ\2016\6063).
- RDGRN 23 enero 2018 (RJ\2018\153).
- RDGRN 27 febrero 2018 (RJ\2018\813).
- RDGRN 3 abril 2018 (RJ\2018\1497).

#### **RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA**

- RDGSJFP 16 julio 2021 (JUR\2021\238357).

# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

**JULIA AMMERMAN YEBRA**

Profesora ayudante doctora de Derecho civil  
Departamento de Derecho común  
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. «Legislación». A) Normativa Vigente. Derecho de consumo. Derecho de contratos. Derechos Reales. Propiedad Intelectual. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Derecho Antidiscriminatorio. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de Familia. Derecho de las Nuevas Tecnologías. Protección de Datos Personales.–II. «Procedimientos Jurisdiccionales». Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Sociedades. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil y Seguros.

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### DERECHO DE CONSUMO

- 1. Corrección de errores de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95 de 21.4.1993), DOUE, L, núm. 17, de 19 de enero de 2023.**

#### DERECHO DE CONTRATOS

- 2. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE, L, núm. 277, de 27 de octubre de 2022.**

## DERECHOS REALES

3. **Reglamento Delegado (UE) 2023/206 de la Comisión, de 5 de octubre de 2022, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los tipos de factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la idoneidad de las ponderaciones de riesgo de las exposiciones garantizadas por bienes inmuebles y las condiciones que deben tenerse en cuenta para evaluar la idoneidad de los valores mínimos de pérdida en caso de impago para las exposiciones garantizadas por bienes inmuebles (1), DOUE, L, núm. 29, de 1 de febrero de 2023.**

## PROPIEDAD INTELECTUAL

4. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 27/2020, de 7 de febrero de 2020, por la que se modifica el anexo XVII (Propiedad Intelectual) del Acuerdo EEE [2023/305], DOUE, L, núm. 49, de 16 de febrero de 2023.**

## PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

5. **Reglamento Delegado (UE) 2023/332 de la Comisión, de 11 de julio de 2022, que complementa el Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a la determinación de los casos en los que los datos de identidad se consideran los mismos o similares a efectos de la detección de identidades múltiples, DOUE, L, núm. 47, de 15 de febrero de 2023.**
6. **Reglamento Delegado (UE) 2023/333 de la Comisión, de 11 de julio de 2022, que complementa el Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a la determinación de los casos en los que los datos de identidad se consideran los mismos o similares a efectos de la detección de identidades múltiples, DOUE, L, núm. 47, de 15 de febrero de 2023.**

## RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

7. **Reglamento de Ejecución (UE) 2023/266 de la Comisión, de 9 de febrero de 2023, 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 diciembre de 2022 y el 30 de marzo de 2023, 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 (1), DOUE, L, núm. 41, de 10 de febrero de 2023.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

8. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre igualdad de género (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia checa), DOUE, C, núm. 443, de 22 de noviembre de 2022.**

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

9. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de junio de 2022, sobre el proyecto de Decisión del Consejo 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 (13494/2021 – C9-0465/2021 – 2021/0208(NLE)), DOUE, C, núm. 32, de 27 de enero de 2023.**

DERECHO DE CONSUMO

10. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información [COM(2022) 143 final – 2022/0092 (COD)], DOUE, C, núm. 443, de 22 de noviembre de 2022.**

DERECHO DE CONTRATOS

11. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE»[COM(2022) 204 final – 2022/0147 (COD)], DOUE, C, núm. 486, de 21 de diciembre de 2022.**

DERECHO DE FAMILIA

12. **Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2022, sobre la protección de los derechos del menor en los procedimientos de Derecho civil, administrativo y de familia (2021/2060(INI)), DOUE, C, núm. 434, de 15 de noviembre de 2022.**

DERECHO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

13. **Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, DOUE, C, núm. 23, de 23 de enero de 2023.**

## PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

14. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre a) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital»[COM(2022) 27 final], y sobre b) «Derechos y principios digitales» (Dictamen exploratorio), DOUE, C, núm. 365, de 23 de septiembre de 2022.
15. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos) [COM(2022) 68 final – 2022/0047 (COD)], DOUE, C, núm. 365, de 23 de septiembre de 2022.
16. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Identidad digital, soberanía de los datos y el camino hacia una transición digital justa para las personas que viven en la sociedad de la información» (Dictamen de iniciativa), DOUE, C, núm. 443, de 22 de noviembre de 2022.
17. Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2023, por la que se modifica la Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo de 17 de junio de 2019 sobre las normas de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) núm. 45/2001 y la Decisión núm. 1247/2002/CE, DOUE, C, núm. 44, de 6 de febrero de 2023.
18. Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento del Consejo en materia de filiación, DOUE, C, núm. 60, de 17 de febrero de 2023.

## II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

## COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

19. Asunto C-572/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen – Suecia) – CC / VO [Procedimiento prejudicial – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículos 8, apartado 1, y 61, letra a) – Competencia general – Principio de la perpetuación de la jurisdicción – Traslado, durante el procedimiento, de la residencia habitual de un menor desde un



**Estado miembro de la Unión Europea a un tercer Estado parte del Convenio de La Haya de 1996], DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.**

20. **Asunto C-393/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky el 15 de junio de 2022 – EXTÉRIA, s. r. o. / Správní, s. r. o., DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.**
21. **Asunto C-497/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 22 de julio de 2022 – EM / Roompot Service B. V., DOUE, C, núm. 389, de 10 de octubre de 2022.**
22. **Asunto C-566/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud (República Checa) el 26 de agosto de 2022 – Inkreal s. r. o./Dúha reality s. r. o., DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.**
23. **Asunto C-638/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Polonia) el 13 de octubre de 2022 – Rzecznik Praw Dziecka y otros, DOUE, C, núm. 482, de 19 de diciembre de 2022.**
24. **Asunto C-633/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Cour de cassation (Francia) el 11 de octubre de 2022 – Real Madrid Club de Fútbol, AE / EE, Société Éditrice du Monde SA, DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.**

#### COOPERACIÓN JUDICIAL

25. **Asunto C-372/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Luxemburgo) el 9 de junio de 2022 – CM / DN, DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.**
26. **Asunto C-346/21: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 5 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto – Portugal) – ING Luxembourg SA / VX [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales – Reglamento (CE) núm. 1393/2007 – Artículo 8 – Información al destinatario, mediante el formulario normalizado que figura en el anexo II de dicho Reglamento, de su derecho a negarse a aceptar un documento judicial que no esté redactado en una lengua que el destinatario entienda o en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del Estado miembro requerido o no va acompañado de una traducción a dichas lenguas – No utilización del formulario normalizado – Consecuencias], DOUE, C, núm. 368, de 26 de septiembre de 2022.**

27. Asunto C-501/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de agosto de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona) – MPA / LCDNMT [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículos 3, 6 a 8 y 14 – Concepto de «residencia habitual» – Competencia, reconocimiento, ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos – Reglamento (CE) núm. 4/2009 – Artículos 3 y 7 – Nacionales de dos Estados miembros distintos que residen en un tercer Estado como agentes contractuales destinados en la delegación de la Unión Europea ante dicho tercer Estado – Determinación de la competencia – Forum necessitatis], DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.
28. Asunto C-399/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt – Suecia) – IRnova AB / FLIR Systems AB [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 – Artículo 24, punto 4 – Competencias exclusivas – Competencia en materia de inscripciones o validez de patentes – Ámbito de aplicación – Solicitud de patente presentada y patente expedida en un Estado tercero – Condición de inventor – Titular del derecho sobre una invención], DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.
29. Asunto C-188/22: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Decima) de 8 de septiembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Opolu – Polonia) – VP [Petición de decisión prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 1206/2001 – Obtención de pruebas – Declaración escrita de una persona residente en un Estado miembro distinto del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente – Posibilidad de recurrir a un medio de obtención de pruebas previsto por el Derecho nacional y no al previsto por el citado Reglamento], DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.
30. Asunto C-18/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de septiembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Uniqa Versicherungen AG / VU (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Proceso monitorio europeo – Reglamento núm. 1896/2006 – Artículo 16, apartado 2 – Plazo de treinta días para presentar escrito de oposición al requerimiento europeo de pago – Artículo 20 – Procedimiento de revisión – Artículo 26 – Aplicación del Derecho nacional a las cuestiones procesales no tratadas expresamente en ese Reglamento – Pandemia de COVID-19 – Normativa nacional que interrumpió durante varias semanas los plazos procesales en materia civil), DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.

31. Asunto C-604/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht – Alemania) – ROI Land Investments Ltd. / FD [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 6 – Demandado no domiciliado en un Estado miembro – Artículo 17 – Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores – Concepto de «actividad profesional» – Artículo 21 – Competencia en materia de contratos individuales de trabajo – Concepto de «empresario» – Nexo de subordinación – Reglamento (CE) núm. 593/2008 – Legislación aplicable – Artículo 6 – Contrato individual de trabajo – Acuerdo de garantía celebrado entre el trabajador y una tercera sociedad que garantiza el cumplimiento de las obligaciones que incumben al empresario frente a dicho trabajador], DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
32. Asunto C-646/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht / TB [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Divorcio – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículos 2, apartado 4, y 21 – Concepto de «resolución judicial» – Reconocimiento en un Estado miembro de una disolución matrimonial pactada mediante un acuerdo entre los cónyuges y declarada por un funcionario del registro civil de otro Estado miembro – Criterio que permite determinar la existencia de una «resolución»], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
33. Asunto C-358/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Bélgica) – Tilman SA / Unilever Supply Chain Company AG (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Convenio de Lugano II – Cláusula atributiva de competencia – Requisitos de forma – Cláusula recogida en las condiciones generales – Condiciones generales que pueden consultarse e imprimirse a partir de un enlace hipertexto mencionado en un contrato celebrado por escrito – Consentimiento de las partes), DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.
34. Asunto C-98/22: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Paris – Francia) – Eurelec Trading SCRL, Scabel SA / Ministre de l'Économie y des Finances [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 – Artículo 1, apartado 1 – Concepto de «materia civil y mercantil» – Acción de una autoridad pública dirigida a que se declare, sancione y ordene el cese de prácticas restrictivas de la competencia], DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.

## DERECHO DE CONSUMO

35. **Asunto C-567/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2022** (petición de decisión prejudicial planteada por el *Općinski građanski sud u Zagrebu* – Croacia) – A. H. / *Zagrebačka banka d.d.* (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas – Directiva 93/13/CEE – Aplicabilidad *ratione temporis* – Artículo 10, apartado 1 – Contrato de préstamo celebrado antes de la fecha de adhesión de un Estado miembro a la Unión Europea pero modificado después de esa fecha – Artículo 6 – Restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional – Legislación nacional que establece la sustitución de las cláusulas abusivas y la restitución de lo percibido en exceso con arreglo a ellas – Aplicabilidad *ratione materiae* – Artículo 1, apartado 2 – Exclusión de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas), DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
36. **Asunto C-288/20: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de marzo de 2022** (petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunal Judiciaire – Bobigny* – Francia) – *BNP Paribas Personal Finance SA / ZD* [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo denominado en moneda extranjera (franco suizo) – Cláusulas que exponen al prestatario a un riesgo de tipo de cambio – Artículo 4, apartado 2 – Exigencias de inteligibilidad y de transparencia – Carga de la prueba – Artículo 3, apartado 1 – Desequilibrio importante – Artículo 5 – Redacción clara y comprensible de una cláusula contractual], DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
37. **Asunto C-362/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București (Rumanía) el 3 de junio de 2022** – VS, TU, RW / *Ryanair DAC*, DOUE, C, núm. 368, de 26 de septiembre de 2022.
38. **Asunto C-463/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München (Alemania) el 12 de julio de 2022** – DP / *BMW Bank GmbH*, DOUE, C, núm. 380, de 3 de octubre de 2022.
39. **Asunto C-465/22: Auto del Tribunal de Justicia de 16 de agosto de 2022** (petición de decisión prejudicial planteada por el *Amtsgericht Hamburg* – Alemania) – *flightright GmbH / Brussels Airlines SA/NV* (Transportes aéreos – Indemnización de pasajeros aéreos en caso de gran retraso de un vuelo – Vuelo de conexión – Retraso sufrido con motivo del primer vuelo – Ausencia de vínculo contractual entre el pasajero y el transportista aéreo comunitario que efectuó el segundo vuelo – Acción indemnizatoria contra el transportista aéreo que efectuó el segundo vuelo), DOUE, C, núm. 389, de 10 de octubre de 2022.

40. **Asunto C-522/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgerichts Frankfurt am Main (Alemania) el 4 de agosto de 2022 – GE / British Airways plc, DOUE, C, núm. 389, de 10 de octubre de 2022.**
41. **Asunto C-474/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 15 de julio de 2022 – Laudamotion GmbH / fliightright GmbH, DOUE, C, núm. 398, de 17 de octubre de 2022.**
42. **Asuntos acumulados C-80/21 a C-82/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2022 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie – Polonia) – E. K., S. K. / D. B. P. (C-80/21), B. S., W. S. / M. (C-81/21), y B. S., Ł. S. / M. (C-82/21) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1 – Contratos de crédito hipotecario – Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula – Prescripción – Principio de efectividad), DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.**
43. **Asunto C-450/22: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 6 de julio de 2022 – CaixaBank SA y otros/ADICAE y otros, DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.**
44. **Asunto C-215/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 22 de septiembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria) – Zulima / Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U. (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Contrato de crédito revolvente – Carácter abusivo de la cláusula relativa al tipo de interés remuneratorio – Demanda presentada por un consumidor al objeto de que se declare la nulidad de ese contrato – Satisfacción extraprocésal de las pretensiones de ese consumidor – Costas procesales devengadas con las que dicho consumidor debe cargar – Principio de efectividad – Normativa nacional que puede disuadir al referido consumidor de ejercer los derechos que la Directiva 93/13/CEE le otorga), DOUE, C, núm. 424, de 7 de noviembre de 2022.**
45. **Asunto C-335/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 22 de septiembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 bis de Sevilla) – Vicente / Delia (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Directiva 93/13/CEE – Prácticas comerciales desleales con los consumidores – Principio de efectividad – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Procedimiento sumario de pago de honorarios de abogado – Carácter eventualmente abusivo de cláusulas incluidas en una preminuta de honorarios – Normativa**

nacional que no contempla la posibilidad de un control por el juez – Artículo 4, apartado 2 – Alcance de la excepción – Directiva 2005/29/CE – Artículo 7 – Práctica comercial engañosa – Contrato celebrado entre un abogado y su cliente que prohíbe a este desistir del procedimiento sin conocimiento o contra el consejo de aquel y que estipula una penalidad económica para el caso de incumplimiento de esta prohibición), DOUE, C, núm. 424, de 7 de noviembre de 2022.

46. Asunto C-531/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie (Polonia) el 9 de agosto de 2022 – Getin Noble Bank y otros, DOUE, C, núm. 424, de 7 de noviembre de 2022.
47. Asunto C-536/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgerichts Ravensburg (Alemania) el 10 de agosto de 2022 – MW, CY / VR Bank Ravensburg-Weingarten eG, DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
48. Asunto C-565/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 26 de agosto de 2022 – Verein für Konsumenteninformation / Sofatutor GmbH, DOUE, C, núm. 441, de 21 de noviembre de 2022.
49. Asunto C-429/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgerichts Wien (Austria) el 28 de junio de 2022 – VK / N1 Interactive Ltd, DOUE, C, núm. 451, de 28 de noviembre de 2022.
50. Asunto C-405/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 13 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Višje sodišče v Mariboru – Eslovenia) – FV / NOVA KREDITNA BANKA MARIBOR d.d. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 3, apartado 1, y 8 – Criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual – Desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato – Exigencia de buena fe de los profesionales – Posibilidad de garantizar un mayor nivel de protección que el previsto por la Directiva), DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
51. Asunto C-485/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 27 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rayonen sad – Nesebar – Bulgaria) – S. V. OOD / E. Ts. D. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 2, letra b) – Concepto de «consumidor» – Artículo 2, letra c) – Concepto de «profesional» – Persona física propietaria de un piso en un inmueble en régimen de propiedad horizontal – Diferentes tipos de relaciones jurídicas relativas a la administración y al mantenimiento de dicho inmueble – Diferencia de trato, en relación con la condición de consumidor, que aplica la legislación de un Estado miembro entre los

propietarios que han celebrado un contrato individual para la administración y el mantenimiento de las partes comunes de ese inmueble y aquellos que no han celebrado tal contrato), DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.

52. Asunto C-593/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Cluj (Rumanía) el 12 de septiembre de 2022 – FS, WU / First Bank SA, DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
53. Asunto C-645/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania) el 13 de octubre de 2022 – R. A. y otros / Luminor Bank AS, que actúa a través de la sucursal en Lituania de Luminor Bank AS, DOUE, C, núm. 482, de 19 de diciembre de 2022.
54. Asunto C-561/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 10 de septiembre de 2021 – GP y BG / Banco Santander, S. A., DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
55. Asunto C-691/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 24 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) Cafpi SA, Aviva assurances SA / Enedis SA (Procedimiento prejudicial – Directiva 85/374/CEE – Artículo 3 – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Concepto de «productor» – Gestor de una red de distribución de electricidad que modifica el nivel de tensión de la electricidad para su distribución), DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.
56. Asunto C-646/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 13 de octubre de 2022 – Compass Banca SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.
57. Asunto C-595/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 1 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bayerisches Verwaltungsgericht Ansbach – Alemania) – LSI – Germany GmbH / Freistaat Bayern [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Información alimentaria facilitada al consumidor – Reglamento (UE) núm. 1169/2011 – Artículo 17 y anexo VI, parte A, punto 4 – «Denominación del alimento» – «Denominación del producto» – Menciones obligatorias en el etiquetado de los alimentos – Componente o ingrediente utilizado para la sustitución total o parcial del que los consumidores esperan que haya sido habitualmente utilizado o esté presente en un alimento], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
58. Asunto C-600/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – QE / Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Artículo 4 – Criterios de

apreciación del carácter abusivo de una cláusula – Cláusula relativa al vencimiento anticipado de un contrato de préstamo – Dispensa contractual de efectuar un requerimiento), DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.

59. Asunto C-625/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – VB / GUPFINGER Einrichtungsstudio GmbH (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Desistimiento contractual injustificado del consumidor – Cláusula declarada abusiva por la que se regula el derecho del comerciante a una indemnización – Aplicación del Derecho nacional de carácter supletorio), DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
60. Asunto C-138/22: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 18 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie – Polonia) – TD, SD / mBank S. A. (Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Préstamo hipotecario indexado a una divisa extranjera – Cláusulas abusivas – Nulidad del contrato por inclusión de cláusulas abusivas o de cláusulas contrarias a la Ley – Elección del consumidor – Interpretación del Derecho nacional – Incompetencia manifiesta), DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
61. Asunto C-678/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Krakowa – Podgórze w Krakowie (Polonia) el 3 de noviembre de 2022 – Profi Credit Polska S. A / G. N., DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
62. Asunto C-715/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 23 de noviembre de 2022 – QR / Mercedes-Benz Bank AG, DOUE, C, núm. 45, de 6 de febrero de 2023.
63. Asunto C-714/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 22 de noviembre de 2022 – S. R. G./Profi Credit Bulgaria EOOD, DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.
64. Asunto C-395/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de enero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – D. V. / M. A. (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Contrato de prestación de servicios jurídicos concluido entre un abogado y un consumidor – Artículo 4, apartado 2 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Exclusión de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato – Cláusula que establece el pago de honorarios de abogado según el principio de la tarifa por hora – Artículo 6, apartado 1 – Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada de «abusiva»), DOUE, C, núm. 71, de 27 de febrero de 2023.



65. **Asunto C-755/22, Nárokuj:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresním soudem Praha-západ (República Checa) el 13 de diciembre de 2022 – Nárokuj s.r.o. / EC Financial Services, a.s., DOUE, C, núm. 94, de 13 de marzo de 2023.

DERECHO DE CONTRATOS

66. **Asunto C-546/22:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 16 de agosto de 2022 – GF / Schauinsland-Reisen GmbH, DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.
67. **Asunto C-470/22:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Vrchní soud v Praze (República Checa) el 14 de julio de 2022 – Česká národní skupina Mezinárodní federace hudebního průmyslu, z. s. / I&Q GROUP, spol. s r.o., Hellsby SE, DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
68. **Asunto C-545/22:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 15 de agosto de 2022 – Air Europa Líneas Aéreas / VO, GR, DOUE, C, núm. 424, de 7 de noviembre de 2022.
69. **Asunto C-511/22:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 29 de julio de 2022 – AQ / trendtours Touristik GmbH, DOUE, C, núm. 441, de 21 de noviembre de 2022.
70. **Asunto C-529/22:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 9 de agosto de 2022 – PA / trendtours Touristik GmbH, DOUE, C, núm. 441, de 21 de noviembre de 2022.
71. **Asunto C-578/22:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgerichts Frankfurt am Main (Alemania) el 1 de septiembre de 2022 – flightright GmbH/TAP Portugal, DOUE, C, núm. 441, de 21 de noviembre de 2022.
72. **Asunto C-584/22:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 5 de septiembre de 2022 – QM / Kiwi Tours GmbH, DOUE, C, núm. 441, de 21 de noviembre de 2022.
73. **Asunto C-436/21:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 6 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – flightright GmbH / American Airlines, Inc. [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 3, apartado 1, letra a) – Ámbito de aplicación – Artículo 2, letras f) a h) – Concepto de «billete» – Concepto de «reserva» – Concepto de «vuelo con conexión directa» – Reserva a través de una agencia de viajes – Artículo 7 – Compensación a los pasajeros aéreos en caso de gran retraso de un vuelo – Operación de transporte compuesta de varios vuelos que corresponden a distintos transportistas aéreos encargados de

efectuarlos – Vuelo con conexión directa procedente de un aeropuerto situado en un Estado miembro, con escala en Suiza y destino final en un tercer país], DOUE, C, núm. 451, de 28 de noviembre de 2022.

74. Asunto C-406/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 20 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – A Oy / B Ky, Comunidad hereditaria de C (Procedimiento prejudicial – Lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales – Directiva 2011/7/UE – Artículo 12, apartado 4 – Ámbito de aplicación temporal – Práctica establecida antes del 16 de marzo de 2013, consistente en no cobrar los intereses de demora ni la compensación por los costes de cobro – Práctica aplicada a los pedidos individuales realizados a partir de esa fecha – Artículo 7, apartados 2 y 3 – Cláusulas contractuales y prácticas manifiestamente abusivas – Renuncia libremente consentida), DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
75. C-229/22: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Cluj – Rumania) – NC / Compania Națională de Transporturi Aeriene Tarom SA [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 1, letra c), inciso iii) – Compensación y asistencia a los pasajeros – Cancelación de un vuelo – Derecho a compensación en caso de oferta de transporte alternativo – Requisitos – Divergencia entre las diferentes versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión – Vuelo alternativo que permite a los pasajeros salir con no más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
76. Asunto C-677/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Katowice – Wschód w Katowicach (Polonia) el 2 de noviembre de 2022 – Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe A. / P. S. A., DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
77. Asunto C-396/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de enero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht München I – Alemania) – KT, NS / FTI Touristik GmbH [Procedimiento prejudicial – Directiva (UE) 2015/2302 – Artículo 14, apartado 1 – Viajes combinados y servicios de viaje vinculados – Ejecución de un contrato de viaje combinado – Responsabilidad del organizador correspondiente – Medidas para contener la propagación mundial de una enfermedad infecciosa – Pandemia de COVID-19 – Restricciones impuestas en el lugar de destino y en el lugar de residencia del viajero afectado, así como en otros países – Falta de conformidad de los servicios prestados en el marco del viaje combinado en cuestión – Reducción adecuada del precio de dicho viaje combinado], DOUE, C, núm. 71, de 27 de febrero de 2023.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

78. **Asunto C-588/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 1 de agosto de 2022** (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hannover – Alemania) – Landkreis Northeim / Daimler AG (Procedimiento prejudicial – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Acciones por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de la Unión – Decisión de la Comisión Europea por la que se declara la existencia de una infracción – Procedimiento de transacción – Productos afectados por la infracción – Camiones especiales – Camiones de recogida de residuos), DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.
79. **Asunto T-604/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Google y Alphabet/Comisión (Google Android)** [«Competencia – Abuso de posición dominante – Dispositivos móviles inteligentes – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE – Conceptos de plataforma y de mercado multifacéticos (“ecosistema”) – Sistema operativo (Google Android) – Tienda de programas de aplicación (Play Store) – Aplicaciones de búsqueda y navegación (Google Search y Chrome) – Acuerdos con fabricantes de aparatos y operadores de redes móviles – Infracción única y continua – Conceptos de plan general y conducta en el marco de una misma infracción (agrupación de productos, pagos por exclusividad y obligaciones antifragmentación) – Efecto expulsión – Derecho de defensa – Competencia de plena jurisdicción»], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
80. **Asunto C-163/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 10 de noviembre de 2022** (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona) – AD y otros / PACCAR Inc, DAF TRUCKS NV, DAF Trucks Deutschland GmbH [Procedimiento prejudicial – Competencia – Reparación del perjuicio ocasionado mediante una práctica prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1 – Acuerdos colusorios sobre la fijación de precios e incrementos de precios brutos de los camiones en el Espacio Económico Europeo (EEE) – Directiva 2014/104/UE – 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 – Artículo 22, apartado 2 – Aplicabilidad *ratione temporis* – Artículo 5, apartado 1, párrafo primero – Concepto de pruebas pertinentes que tenga en su poder la parte demandada o un tercero – Artículo 5, apartado 2 – Exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas atendiendo a los hechos razonablemente disponibles – Artículo 5, apartado 3 – Examen de la proporcionalidad de la solicitud de exhibición de pruebas – Ponderación de los intereses legítimos de las partes y de los terceros – Alcance de las obligaciones derivadas de dichas disposiciones], DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.

81. Asunto C-385/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Înalta Curte de Casație și Justiție – Rumania) – Zenith Media Communications SRL / Consiliul Concurenței (Procedimiento prejudicial – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Sanción impuesta por la autoridad nacional de competencia – Determinación del importe de la multa – Consideración del volumen de negocios consignado en la cuenta de pérdidas y ganancias – Solicitud de que la autoridad nacional de competencia tome en consideración un volumen de negocios diferente – Denegación por parte de la autoridad de competencia – Situación económica real de la empresa interesada – Principio de proporcionalidad), DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.
82. Asunto C-632/22: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 10 de octubre de 2022 – AB Volvo / Transsaqui S. L., DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.

## DERECHO DE SOCIEDADES

83. Asunto C-713/22: Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Italia) el 21 de noviembre de 2022 – LivaNova plc / Ministero dell’Economia e delle Finanze y otros, DOUE, C, núm. 45, de 6 de febrero de 2023.

## MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

84. Asunto T-768/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Standard International Management/EUIPO – Asia Standard Management Services (The Standard) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión The Standard – Declaración de caducidad – Lugar del uso de la marca – Publicidad y ofertas de venta destinadas a los consumidores de la Unión Europea – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
85. Asunto T-147/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Gugler France/EUIPO – Gugler (GUGLER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión GUGLER – Causa de nulidad absoluta – Ausencia de mala fe – Artículo 51, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
86. Asunto T-176/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – CCTY Bearing Company/EUIPO – CCVI International (CCTY) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión CCTY – Marca figurativa anterior de la Unión CCVI – 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] – Abuso de derecho – Artículo 71 del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.

87. Asunto T-369/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Unimax Stationery/EUIPO – Mitsubishi Pencil (uni) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión uni – 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] – Signos o indicaciones convertidos en habituales – Artículo 7, apartado 1, letra d), del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra d), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
88. Asunto T-543/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Purasac/EUIPO – Prolenium Medical Technologies (Rejeunesse) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Rejeunesse – Marca denominativa anterior de la Unión REVANESSE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
89. Asunto T-573/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Brand Energy Holdings/EUIPO (RAPIDGUARD) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión RAPIDGUARD – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Derecho a ser oído»], DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
90. Asunto T-634/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – Rimini Street/EUIPO (WE DO SUPPORT) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa WE DO SUPPORT – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
91. Asunto T-641/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022 – dennree/EUIPO (BioMarkt) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión BioMarkt – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.
92. Asunto C-361/22: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 3 de junio de 2022 – Industria de Diseño Textil, SA (Inditex) / Buongiorno Myalert SA, DOUE, C, núm. 368, de 26 de septiembre de 2022.

93. **Asunto T-156/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2022 – Vökl/EUIPO – Marker Dalbello Vökl (International) (Marker Vökl)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa Marker Vökl – Marca denominativa anterior de la Unión VÖLKL – Causa de nulidad relativa – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b) y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) y artículo 60, apartado 1, letra a) del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
94. **Asunto T-353/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2022 – KTM Fahrrad/EUIPO – KTM (R2R)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión R2R – Declaración de caducidad – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Causa justificativa de la falta de uso», DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
95. **Asunto T-521/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2022 – 6Minutes Media/EUIPO – ad pepper media International (ad pepper the e-advertising network)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión ad pepper the e-advertising network – 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]», DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
96. **Asunto T-627/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2022 – Segimerus/EUIPO – Karsten Manufacturing (MONSOON)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión MONSOON – Causa de nulidad absoluta – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001 – Artículo 34 del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
97. **Asunto T-699/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2022 – Peace United/EUIPO – 1906 Collins (MY BOYFRIEND IS OUT OF TOWN)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión MY BOYFRIEND IS OUT OF TOWN – Declaración de caducidad – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Abuso de derecho», DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
98. **Asunto T-700/21: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2022 – Voco/EUIPO (Forma de un envase)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de un envase – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.

99. Asunto T-730/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2022 – Łosowski/EUIPO – Skawiński (KOMBI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca de la Unión Europea denominativa KOMBI – Marca de la Unión Europea denominativa anterior kombii – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud entre los productos y servicios – 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] – Invocación de un derecho subjetivo al nombre “kombi” en virtud del Derecho nacional»], DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
100. Asunto T-754/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2022 – Peace United/EUIPO – 1906 Collins (bâoli) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión bâoli – Declaración de caducidad – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Abuso de derecho»], DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
101. Asunto T-9/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2022 – Olimp Laboratories/EUIPO (VITA-MIN MULTIPLE SPORT) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión VITA-MIN MULTIPLE SPORT – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo, 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 418, de 31 de octubre de 2022.
102. Asunto acumulados T-367/21 y T-432/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Sushi&Food Factor/EUIPO (READY 4YOU) [«Marca de la Unión Europea – Solicitudes de marcas figurativas de la Unión READY 4YOU – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
103. Asunto T-416/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Itinerant Show Room/EUIPO – Save the Duck (ITINERANT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ITINERANT – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un pato cantando dentro de un círculo – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Similitud – Renombre – Relación – Aprovechamiento indebido – Inexistencia de causa justificativa – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Documento presentado por primera vez ante la Sala de Recurso – Inadmisibilidad»], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.

104. Asunto T-417/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre 2022 – Itinerant Show Room/EUIPO – Save the Duck (ITINERANT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ITINERANT – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un pato cantando dentro de un círculo – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Similitud – Renombre – Relación – Aprovechamiento indebido – Ausencia de justa causa – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Documento presentado por primera vez ante la Sala de Recurso – Inadmisibilidad»], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
105. Asunto T-423/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Gioioso/EUIPO – Maxi Di (MARE GIOIOSO di Sebastiano IMPORT EXPORT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MARE GIOIOSO di Sebastiano IMPORT EXPORT – Marca nacional figurativa anterior GIOIA DI MARE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
106. Asunto T-498/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Lotion/EUIPO (BLACK IRISH) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión BLACK IRISH – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Igualdad de trato – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
107. Asunto T-607/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Blueroots Technology/EUIPO – Rezk-Salama y Breitlauch (SKILLTREE STUDIOS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SKILLTREE STUDIOS – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
108. Asunto T-609/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Privatbrauerei Eichbaum/EUIPO – Anchor Brewing Company (STEAM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión STEAM – Uso efectivo de la marca – Naturaleza del uso – Artículos 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 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. 432, de 14 de noviembre de 2022.



109. **Asunto T-686/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Task Food/EUIPO – Foodtastic (ENERGY CAKE)** [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ENERGY CAKE – Declaración de nulidad – Causas de nulidad absoluta – 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 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
110. **Asunto T-705/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Balaban/EUIPO (Stahlwerk)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión STAHLWERK – 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. 432, de 14 de noviembre de 2022.
111. **Asunto T-706/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Balaban/EUIPO (Stahlwerkstatt)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Stahlwerkstatt – 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. 432, de 14 de noviembre de 2022.
112. **Asunto T-737/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Refractory Intellectual Property/EUIPO (e-tech)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión e-tech – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
113. **Asunto T-795/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 – Protectoplus/EUIPO (Li-SAFE)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Li-SAFE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento 2017/1001 – Limitación de los productos designados en la solicitud de marca», DOUE, C, núm. 432, de 14 de noviembre de 2022.
114. **Asunto C-256/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München – Alemania) – KP / TV, Gemeinde Bodman-Ludwigshafen** [Procedimiento prejudicial – Marcas de la Unión Europea – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 124, letras a) y d) – Artículo 128 – Competencia de los tribunales de marcas de la Unión Europea – Acción por violación de marca – Demanda de reconvencción por nulidad – Desistimiento de la acción por violación de marca – Resultado de la demanda de

reconvencción – Carácter autónomo de la demanda de reconvencción], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.

115. Asunto T-711/20: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – Puma/EUIPO – CMS (CMS Italy) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa CMS Italy – Marcas internacionales figurativas anteriores que representan a un felino saltando hacia la izquierda y marca internacional figurativa anterior PUMA – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para el renombre – Artículo 8, apartado 5 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Similitud entre los signos – Prueba del renombre – Apreciación global»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
116. Asunto T-168/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – Magnetec/EUIPO (Bleu clair) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión consistente en un tono azul claro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Limitación de los productos designados en la solicitud de marca – Artículo 49, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Exigencias de claridad y precisión – Artículo 33, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
117. Asunto T-222/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2022 – Shopify/EUIPO – Rossi y otros (Shoppi) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Shoppi – Marca denominativa anterior de la Unión SHOPIFY – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de un elevado carácter distintivo de la marca anterior – Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de la Unión y del Euratom (Brexit)»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
118. Asunto T-429/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – Aldi Einkauf/EUIPO – Cantina sociale Tollo (ALDIANO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ALDIANO – Marca de la Unión Europea y registro internacional ALDI denominativos anteriores – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 64 del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
119. Asunto T-454/21: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2022 – G-Core Innovations/EUIPO – Coretransform (G CORELABS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de

oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión G CORE-LABS – Marca figurativa anterior de la Unión CORE – 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. 463, de 5 de diciembre de 2022.

120. Asunto T-537/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – bett1.de/EUIPO – XXXLutz Marken (BODY STAR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión BODY STAR – Marca denominativa anterior de la Unión Bodyguard – Marca nacional denominativa anterior Bodyguard – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
121. Asunto T-539/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – the airscreen company/EUIPO – Moviescreens Rental (airframe) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa airframe – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
122. Asunto T-572/21: Sentencia del Tribunal General de 28 septiembre de 2022 – Copal Tree Brands/EUIPO – Sumol + Compal Marcas (COPAL TREE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión COPAL TREE – Marca nacional figurativa anterior COMPAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
123. Asunto T-599/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – bett1.de/EUIPO – XXXLutz Marken (Body-Star) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Body-Star – Marca denominativa anterior de la Unión Bodyguard – Motivo de denegación relativo – Artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001, en relación con el artículo 8, apartado 1, letra b), del mismo Reglamento»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
124. Asunto T-652/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2022 – L. Oliva Torras/EUIPO – Mecánica del Frío (Acoplamiento para vehículos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un acoplamiento para conectar equipos de refrigeración o aire acondicionado con un vehículo de motor – Causas de nulidad – Novedad – Carácter singular – Artículos 5, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Artículo 7 del Reglamento

- núm. 6/2002 – Alcance de la solicitud de declaración de nulidad – Dibujo o modelo anterior aportado después de la presentación de la solicitud de declaración de nulidad – Artículo 28, apartado 1, letra b), incisos i), v) y vi), del Reglamento (CE) núm. 2245/2002», DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
125. Asunto T-656/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2022 – H/2 Credit Manager/EUIPO – Hcapital Partners SCR (H/2 CAPITAL PARTNERS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión H/2 CAPITAL PARTNERS – Marca figurativa anterior de la Unión HCapital – Motivo de denegación relativo – Píblico pertinente – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud entre los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
126. Asunto T-696/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – Les Bordes Golf International/EUIPO – Mast-Jägermeister (LES BORDES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LES BORDÉS – Marca internacional figurativa anterior que contiene una figura constituida en particular por una cabeza de ciervo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
127. Asunto T-752/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2022 – Associação do Socorro e Amparo/EUIPO – De Bragança (quis ut Deus) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión quis ut Deus – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
128. Asunto T-802/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – just-organic.com/EUIPO (JUST ORGANIC) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión JUST ORGANIC – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
129. Asunto T-58/22: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2022 – Labaš/EUIPO (FRESH) [Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión FRESH – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartados 1, letra c) y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001], DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.

130. **Asunto C-197/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – Soda-Club (CO2) SA, SodaStream International BV / MySoda Oy [Procedimiento prejudicial – Derecho de marcas – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 15, apartado 2 – Directiva (UE) 2015/2436 – Artículo 15, apartado 2 – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Botellas que contienen dióxido de carbono – Primera comercialización en un Estado miembro por el titular de la marca – Actividad de un revendedor consistente en rellenar y reetiquetar botellas – Oposición formulada por el titular de la marca – Motivos legítimos para oponerse a la comercialización ulterior de los productos designados con la marca], DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.**
131. **Asunto T-486/20: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2022 – H&H/EUIPO – Giuliani (Swisse) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Swisse – Causas de nulidad absoluta – Artículo 51, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 59, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Marca que puede inducir al público a error – Emblema de Estado – Marca que incluye insignias, emblemas o escudos – Artículo 7, apartado 1, letras b), g), h) e i), del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b), g), h) e i), del Reglamento 2017/1001] – Mala fe – Motivación de la solicitud de nulidad – Artículo 63, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Amplitud del examen que debe efectuar la EUIPO – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Derecho a ser oído – Artículo 41 de Carta de los Derechos Fundamentales», DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.**
132. **Asunto T-460/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2022 – MCO (IP)/EUIPO – C8 (C2 CYPRUS CASINOS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CYPRUS CASINOS – Marca nacional figurativa anterior C8 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Interdependencia entre los factores – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.**
133. **Asunto T-461/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2022 – MCO (IP)/EUIPO – C8 (C2) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión C2 – Marca nacional figurativa anterior C8 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Interdependencia entre los factores – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.**

134. Asunto T-466/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2022 – Baumberger/EUIPO – Nube (Lío) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Lío – 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. 472, de 12 de diciembre de 2022.
135. Asunto T-467/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2022 – DBM Videovertrieb/EUIPO – Nube (Lío) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Lío – 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. 472, de 12 de diciembre de 2022.
136. Asunto T-500/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – Philip Morris Products/EUIPO (TOGETHER. FORWARD.) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión TOGETHER. FORWARD. – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
137. Asunto T-501/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – Philip Morris Products/EUIPO (Representación de líneas angulares en blanco y negro) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa líneas angulares en blanco y negro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
138. Asunto T-502/21: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2022 – Philip Morris Products/EUIPO (Representación de líneas en blanco y negro) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa líneas en blanco y negro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
139. Asunto T-437/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2022 – Greenwich Polo Club/EUIPO – Lifestyle Equities (GREENWICH POLO CLUB) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GREENWICH POLO CLUB – Marca denominativa anterior de la Unión BEVERLY HILLS POLO CLUB – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Amplitud del examen que debe llevar a cabo la Sala de Recurso – Artículo 71 del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 2, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 482, de 19 de diciembre de 2022.

140. Asunto T-716/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2022 – Kaczorowska / EUIPO – Groupe Marcelle (MAESELLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MAESELLE – Marca figurativa anterior de la Unión MARCELLE – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 482, de 19 de diciembre de 2022.
141. Asunto T-718/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2022 – Kaczorowska/EUIPO – Groupe Marcelle (MAESELLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MAESELLE – Marca figurativa anterior de la Unión MARCELLE – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 482, de 19 de diciembre de 2022.
142. Asunto T-231/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre 2022 – Praesidiad/EUIPO – Zaun (Poste) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un poste – Motivo de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de la apariencia de un producto que son dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.
143. Asunto T-273/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2022 – The Bazooka Companies/EUIPO – Bilkiewicz (Forma de un biberón) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un biberón – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Naturaleza del uso de la marca – Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.
144. Asunto T-275/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2022 – Louis Vuitton Malletier/EUIPO – Wisniewski (Representación de una trama en damero II) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa una trama en damero – Causa de nulidad absoluta – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículos 7, apartado 3, y 51, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 7, apartado 3, y 59, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Apreciación conjunta de las pruebas del carácter distintivo adquirido por el uso – Alcance geográfico de las pruebas del carácter distintivo adquirido por el uso – Pruebas relativas al uso de una marca en Internet – Pruebas relativas a procedimientos por violación de marca»], DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.

145. Asunto T-323/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2022 – Castel Frères/EUIPO – Shanghai Panati (Representación de caracteres chinos) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión que representa unos caracteres chinos – Uso efectivo de la marca – Artículo 18, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Alteración del carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.
146. Asunto T-601/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2022 – Pharmadom/EUIPO – Wellstat Therapeutics (WELLMONDE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión WELLMONDE – Marca nacional denominativa anterior WELL AND WELL – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – 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. 7, de 9 de enero de 2023.
147. Asunto T-621/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2022 – Lemken/EUIPO (Tono azul celeste) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión consistente en un tono azul celeste – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.
148. Asunto T-776/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2022 – Gameageventures/EUIPO – (GAME TOURNAMENTS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión GAME TOURNAMENTS – 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 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Derecho a ser oído – Igualdad de trato – Principio de buena administración»], DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.
149. Asunto T-13/22: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2022 – Loutsou/EUIPO (POLIS LOUTRON) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión POLIS LOUTRON – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.



150. **Asunto C-147/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg – Alemania) – Novartis Pharma GmbH / Abacus Medicine A/S [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Marca de la Unión Europea – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 9, apartado 2 – Derecho conferido por la marca – Artículo 15 – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Importación paralela de medicamentos – Reenvasado del producto que lleva la marca – Nuevo embalaje exterior – Oposición del titular de la marca – Compartimentación artificial de los mercados de los Estados miembros – Medicamentos para uso humano – Directiva 2001/83/CE – Artículo 47 bis – Dispositivos de seguridad – Sustitución – Dispositivos equivalentes – Reglamento Delegado (UE) 2016/161 – Artículo 3, apartado 2 – Dispositivo contra las manipulaciones – Identificador único], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.**
151. **Asunto C-204/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg – Alemania) – Bayer Intellectual Property GmbH / kohlpharma GmbH [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Marcas – Directiva (UE) 2015/2436 – Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas – Artículo 10, apartado 2 – Derechos conferidos por la marca – Artículo 15 – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Importación paralela de medicamentos – Reenvasado del producto que lleva la marca – Nuevo embalaje exterior – Oposición del titular de la marca – Compartimentación artificial de los mercados de los Estados miembros – Medicamentos para uso humano – Directiva 2001/83/CE – Artículo 47 bis – Dispositivos de seguridad – Sustitución – Dispositivos equivalentes – Reglamento Delegado (UE) 2016/161 – Artículo 3, apartado 2 – Dispositivo contra las manipulaciones – Identificador único], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.**
152. **Asunto C-224/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sø- og Handelsretten – Dinamarca) – Merck Sharp & Dohme BV, Merck Sharp & Dohme Corp., MSD Danmark ApS, Abacus Medicine A/S, y Novartis AG, Abacus Medicine A/S, y Novartis AG, Abacus Medicine A/S, y Novartis AG, Paranova Danmark A/S, y H. Lundbeck A/S, Paranova Danmark A/S, y MSD Danmark ApS, MSD Sharp & Dohme GmbH, Merck Sharp & Dohme Corp. / 2CARE4 ApS, y Ferring Lægemedler A/S, Paranova Danmark A/S [Procedimiento prejudicial – Artículos 34 TFUE y 36 TFUE – Libre circulación de mercancías – Propiedad intelectual – Marcas – Reglamento (UE) 2017/1001 – Marca de la Unión Europea – Artículo 9, apartado 2 – Artículo 15 – Directiva (UE) 2015/2436 – Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas – Artículo 10, apartado 2 – Artículo 15 – Derecho conferido por la marca – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Importación paralela de medicamentos – Reenvasado del producto que lleva la marca – Nuevo**

embalaje exterior – Sustitución de la marca que se encontraba en el embalaje exterior original por otro nombre de producto – Nueva colocación de la marca del titular específica del producto, con excepción de las demás marcas o indicaciones comerciales que se encontraban en el embalaje exterior original – Oposición del titular de la marca – Compartimentación artificial de los mercados de los Estados miembros – Medicamentos para uso humano – Directiva 2001/83/CE – Artículo 47 bis – Dispositivos de seguridad – Sustitución – Dispositivos equivalentes – Reglamento Delegado (UE) 2016/161 – Artículo 3, apartado 2 – Dispositivo contra las manipulaciones], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.

153. Asuntos acumulados C-253/20 y C-254/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de noviembre de 2022 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Hof van beroep te Brusel – Bélgica) – Impexco N. V. / Novartis AG, (C-253/20), PI Pharma NV / Novartis AG, Novartis Pharma NV (C-254/20) [Procedimiento prejudicial – Artículos 34 TFUE y 36 TFUE – Libre circulación de mercancías – Propiedad intelectual – Marcas – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 9, apartado 2 – Artículo 13 – Directiva 2008/95/CE – Artículo 5, apartado 1 – Artículo 7 – Derechos conferidos por la marca – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Importación paralela de medicamentos – Medicamento de referencia y medicamento genérico – Empresas económicamente vinculadas – Reenvasado del medicamento genérico – Nuevo embalaje exterior – Colocación de la marca del medicamento de referencia – Oposición del titular de la marca – Compartimentación artificial de los mercados entre Estados miembros], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
154. Asunto C-175/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – Harman International Industries, Inc. / AB SA [Procedimiento prejudicial – Artículos 34 TFUE y 36 TFUE – Libre circulación de mercancías – Propiedad intelectual – Marca de la Unión Europea – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 15 – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Comercialización en el Espacio Económico Europeo (EEE) – Consentimiento del titular de la marca – Lugar de la primera comercialización de los productos por el titular de la marca o con su consentimiento – Prueba – Directiva 2004/48/CE – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Tutela judicial efectiva – Fallo de las resoluciones judiciales que no identifica los productos a los que se refiere – Dificultades de ejecución – Recurso limitado ante el órgano jurisdiccional competente en materia de ejecución forzosa – Proceso equitativo – Derecho de defensa – Principio de igualdad de armas], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
155. Asunto T-596/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2022 – Société Elmar Wolf/EUIPO – Fuxtec (Representación de una cabeza de animal) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se

- designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa una cabeza – Marca nacional figurativa anterior que representa una cabeza canina – Registro internacional anterior en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa una cabeza canina – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión», DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
156. Asunto T-610/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2022 – L'Oréal/EUIPO – Heinze (K K WATER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión K K WATER – Marca figurativa anterior de la Unión K – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
157. Asunto T-639/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2022 – CB/EUIPO – China Construction Bank (CCB) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CCB – Marca figurativa anterior de la Unión CB – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea anterior – Marca figurativa CB – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Renombre y carácter distintivo elevado de la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
158. Asunto T-779/21: Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2022 – Financiere Batteur/EUIPO – Leno Beauty (by L.e.núm. beauty) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión by L.e.núm. beauty – Marca nacional denominativa anterior LAINO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
159. Asunto T-512/21: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2022 – Epsilon Data Management/EUIPO – Epsilon Technologies (EPSILON TECHNOLOGIES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión EPSILON TECHNOLOGIES – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Naturaleza del uso – Forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo – Uso en relación con los servicios para los que fue registrada la marca»], DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.

160. Asunto T-796/21: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2022 – Grupo Eig Multimedia/EUIPO – Globalización de Valores CFC & GCI (FORO16) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión FORO16 – Marcas figurativas y denominativas anteriores de la Unión Cambio16, Energia16, Cambio16 radio – Marcas nacionales anteriores figurativas y denominativas Camb16, DEFENSA Y SEGURIDAD 16, CAMBIO16 DIGITAL, EVENTOS 16, Salón16 – Motivo de denegación relativo – Familia de marcas – Inexistencia de pruebas – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.
161. Asunto T-14/22: Sentencia del Tribunal General de 23 de noviembre de 2022 – uwe JetStream/EUIPO (JET STREAM) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa JET STREAM – 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. 24, de 23 de enero de 2023.
162. Asunto T-672/21: Auto del Tribunal General de 8 de noviembre de 2022 – Grupa «Lew»/EUIPO – Lechwerke (GRUPALEW.) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa GRUPALEW. – Marca nacional figurativa anterior LEW – 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] – Prueba del uso efectivo – Artículo 10, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado 2018/625 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.
163. Asunto T-161/22: Auto del Tribunal General de 7 de noviembre de 2022 – Ortega Montero/Parlamento («Función pública – Representación del personal – Modificación del Reglamento Interno del Comité de personal del Parlamento – Designación de los representantes del personal en los órganos estatutarios y administrativos – Artículo 90, apartado 2, del Estatuto – Omisión consistente en no adoptar una medida que exige el Estatuto – Reclamación previa ante la AFPN – Plazo para recurrir – Extemporaneidad – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.
164. Asunto T-231/22: Auto del Tribunal General de 8 de noviembre de 2022 – Growth Finance Plus/EUIPO (doglover) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión doglover – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.

165. Asunto T-232/22: Auto del Tribunal General de 8 de noviembre de 2022 – Growth Finance Plus/EUIPO (catlover) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión catlover – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 24, de 23 de enero de 2023.
166. Asunto T-487/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2022 – Neoperl/EUIPO (Representación de un componente sanitario cilíndrico) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión que representa un componente sanitario cilíndrico – Marca de posición táctil – Motivos de denegación absolutos – Ámbito de aplicación de la ley – Examen de oficio – Examen por la Sala de Recurso del 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] – Signo que no puede constituir una marca de la Unión – Falta de representación gráfica precisa y completa en sí misma de la impresión táctil producida por el signo – Artículos 4 y 7, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículos 4 y 7, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
167. Asunto T-515/21: Sentencia del Tribunal General de 23 de noviembre de 2022 – Zeta Farmaceutici/EUIPO – Specchiasol (EUPHYTOS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión EUPHYTOS – Marca figurativa anterior de la Unión EuPhidra – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 56, apartado 2, y artículo 43, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 64, apartado 2, y artículo 47, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Períodos relevantes – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Calificación de pruebas nuevas o adicionales – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
168. Asunto T-612/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2022 – ADS L. Kowalik, B. Włodarczyk/EUIPO – ESSAtech (Accesorio para mando a distancia inalámbrico) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de anulación – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un accesorio para mando a distancia inalámbrico – Causa de nulidad – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículos 8, apartado 1, y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Hechos invocados o pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 63, apartado 2, del Reglamento núm. 6/2002 – Obligación de motivación – Artículo 41, apartados 1, y 2, letra c), de la Carta de los Derechos Fundamentales»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.

169. Asunto T-623/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2022 – Puma/EUIPO – Vaillant (Puma) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Puma – Marca figurativa anterior de la Unión PUMA – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
170. Asunto T-678/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2022 – Mendes/EUIPO – Actial Farmaceutica (VSL3TOTAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión VSL3TOTAL – Marca denominativa anterior de la Unión VSL#3 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud de los productos – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
171. Asunto T-701/21: Sentencia del Tribunal General del 23 de noviembre de 2022 – Allessa/EUIPO – Dumerth (CASSELLAPARK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión CASSELLAPARK – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Falta de carácter descriptivo – Inexistencia de marca que puede inducir al público a error – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
172. Asunto T-738/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2022 – Bora Creations/EUIPO (essence) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión essence – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
173. Asunto T-747/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2022 – Borussia VfL 1900 Mönchengladbach/EUIPO – Neng (Fohlenelf) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Fohlenelf – Uso efectivo de la marca – Artículos 58, apartado 1, letra a), 94, apartado 1, y 97, apartado 1, letra d), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.
174. Asunto T-780/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2022 – Lila Rossa Engros/EUIPO (LiLAC) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión LiLAC – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.

175. **Asunto T-12/22: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2022 – Hasco TM/EUIPO – Esi (NATURCAPS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión NATURCAPS – Marca denominativa nacional anterior NATURKAPS – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 64, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Calificación de productos farmacéuticos y complementos alimenticios»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.**
176. **Asunto T-85/22: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2022 – Korporaciya «Masternet»/EUIPO – Stayer Ibérica (STAYER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión STAYER – Uso efectivo de la marca – Artículos 15 y 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 18 y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Calificación de los productos para los que se ha demostrado el uso efectivo»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.**
177. **Asunto T-151/22: Sentencia del Tribunal General de 23 de noviembre de 2022 – General Wire Spring/EUIPO (GENERAL PIPE CLEANERS) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa GENERAL PIPE CLEANERS – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.**
178. **Asunto T-155/22: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2022 – Korporaciya «Masternet»/EUIPO – Stayer Ibérica (STAYER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión STAYER – Uso efectivo de la marca – Artículos 15 y 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 18 y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Calificación de los productos para los que se ha demostrado el uso efectivo»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.**
179. **Asunto T-159/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2022 – Sanetview/EUIPO – 2boca2catering (Las Cebras) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Las Cebras – Marca nacional figurativa anterior LEZEBRA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.**
180. **Asunto T-611/21: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2022 – ADS L. Kowalik, B. Włodarczyk/EUIPO – ESSAtech (Accesorio para mando a distancia inalámbrico) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de anulación – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un accesorio para mando a distancia inalámbrico – Causa de nulidad –**

**Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículos 8, apartado 1, y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Hechos invocados o pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 63, apartado 2, del Reglamento núm. 6/2002 – Obligación de motivación – Artículo 41, apartados 1 y 2, letra c), de la Carta de los Derechos Fundamentales»], DOUE, C, núm. 45, de 6 de febrero de 2023.**

181. **Asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles – Bélgica, Luxemburgo) – Christian Louboutin / Amazon Europe Core Sàrl (C-148/21), Amazon EU Sàrl (C-148/21), Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21), Amazon.com Inc. (C-184/21), Amazon Services LLC (C-184/21) [Procedimiento prejudicial – Marca de la Unión Europea – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 9, apartado 2, letra a) – Derechos conferidos por la marca de la Unión – Concepto de «uso» – Operador de un sitio de Internet de venta en línea que integra un mercado electrónico – Anuncios publicados en ese mercado por terceros vendedores que utilizan en esos anuncios un signo idéntico a una marca ajena para productos idénticos a aquellos para los que esta está registrada – Percepción de ese signo como parte integrante de la comunicación comercial de dicho operador – Modo de presentación de los anuncios que no permite distinguir claramente las ofertas de dicho operador de las de esos terceros vendedores], DOUE, C, núm. 54, de 13 de febrero de 2023.**
182. **Asunto T-526/20: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2022 – Devin/EUIPO – Haskovo Chamber of Commerce and Industry (DEVIN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión DEVIN – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Nombre geográfico – Marca que no es contraria al orden público – Inexistencia de marca capaz de inducir a error al público – Artículo 7, apartado 1, letras c), f) y g) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras c), f) y g) del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, y artículo 52, apartado 2 del Reglamento 2017/1001 [actualmente artículo 7, apartado 3, y artículo 59, apartado 2, del Reglamento 2017/1001] – Adhesión al recurso»], DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.**
183. **Asunto T-346/21: Sentencia del Tribunal General de 11 de enero de 2023 – Hecht Pharma/EUIPO – Gufic BioSciences (Gufic) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Gufic – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Utilización pública y hacia el exterior – Importancia del uso – Naturaleza y forma del uso – Uso para los productos para los que está registrada la marca»], DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.**



184. Asunto T-358/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2022 – Hotel Cipriani/EUIPO – Altunis (CIPRIANI FOOD) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión CIPRIANI FOOD – Uso efectivo de la marca – Naturaleza del uso – Artículo 18, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Importancia del uso – Artículo 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.
185. Asunto T-530/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2022 – Pierre Lannier/EUIPO – Pierre Lang Trading (PL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa las letras mayúsculas “P” y “L” superpuestas – Marca figurativa anterior de la Unión que representa una combinación especular de las letras mayúsculas “P” y “L” superpuestas – Admisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Legitimación activa – 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. 63, de 20 de febrero de 2023.
186. Asunto T-553/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2022 – Agrarfrost/EUIPO – McCain (Forma de un emoticono sonriente) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un emoticono sonriente – Uso efectivo de la marca – Artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Naturaleza del uso – No alteración del carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.
187. Asunto T-636/21: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2022 – Eurol/EUIPO – Pernsteiner (eurol LUBRICANTS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa eurol LUBRICANTS – Marca nacional denominativa anterior EUOLLUBRICANTS – Prueba del uso efectivo de una marca anterior – Artículos 15 y 57 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 18 y 64 del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso de la marca con el consentimiento del titular – Falta de alteración del carácter distintivo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.
188. Asunto T-18/22: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2022 – Nempport Liman İşletmeleri Ve Özel Antrepo Nakliye Ticaret/EUIPO – Newport Europe (NEMPORT LIMAN İŞLETMELERİ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión NEMPORT LIMAN İŞLETMELERİ – Marca denominativa anterior de la

- Unión Newport – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.
189. Asunto T-250/19: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2022 – Tradición CZ/EUIPO – Rivero Argudo (TRADICIÓN CZ, S. L.) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TRADICIÓN CZ, S. L. – Marca denominativa anterior de la Unión RIVERO CZ – 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. 71, de 27 de febrero de 2023.
190. Asunto T-554/21: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2022 – European Lotto and Betting/EUIPO – Tipp24 Services (Cash4Life) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Cash4Life – Causa de nulidad absoluta – 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. 71, de 27 de febrero de 2023.
191. Asunto T-777/21: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2022 – Trend Glass/EUIPO (ECO STORAGE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de la marca figurativa de la Unión ECO STORAGE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Seguridad jurídica – Igualdad de trato», DOUE, C, núm. 71, de 27 de febrero de 2023.
192. Asunto T-43/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2022 – Sanrio/EUIPO – Miroglio Fashion (SANRIO CHARACTERS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SANRIO CHARACTERS – Marca denominativa anterior de la Unión CARACTÈRE – 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. 71, de 27 de febrero de 2023.
193. Asunto T-44/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2022 – International Masis Tabak/EUIPO – Philip Morris Brands (Representación de un paquete de cigarrillos) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa un paquete de cigarrillos – Marca internacional figurativa anterior Marlboro SELECTED PREMIUM TOBACCOS – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 71, de 27 de febrero de 2023.

194. Asunto T-129/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2022 – Simba Toys/EUIPO – Master Gift Import (BIMBA TOYS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca figurativa de la Unión BIMBA TOYS – Marcas internacionales denominativa y figurativas anteriores Simba – Denominación comercial anterior Simba Toys GmbH & Co. KG – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Comparación de productos – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001 – Proximidad de los sectores económicos»], DOUE, C, núm. 71, de 27 de febrero de 2023.
195. Asunto T-443/21: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2023 – YApplus DBA Yoga Alliance/EUIPO – Vidyanand (YOGA ALLIANCE INDIA INTERNATIONAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa YOGA ALLIANCE INDIA INTERNATIONAL – Marca figurativa anterior de la Unión yoga ALLIANCE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 83, de 6 de marzo de 2023.
196. Asunto T-644/21: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2022 – Pharmadom/EUIPO – Wellbe Pharmaceuticals (WellBe PHARMACEUTICALS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión WellBe PHARMACEUTICALS – Marca nacional denominativa anterior WELL AND WELL – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) no 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 83, de 6 de marzo de 2023.
197. Asunto T-726/21: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2023 – Rolex/EUIPO – PWT (Representación de una corona) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa una corona – Marcas de la Unión figurativas anteriores que representan una corona y ROLEX – Motivos de denegación relativos – 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] – Inexistencia de perjuicio para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente, artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 83, de 6 de marzo de 2023.
198. Asunto T-758/21: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2023 – Dorsum/EUIPO – id Quantique (Clavis) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Clavis – Marca de la Unión denominativa

anterior CLAVIS – No identificación de la marca anterior en el escrito de oposición – Condiciones de admisibilidad de la oposición», DOUE, C, núm. 83, de 6 de marzo de 2023.

199. Asunto T-4/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2022 – Puma/EUIPO – DN Solutions (PUMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión PUMA – Marca internacional figurativa anterior PUMA – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 83, de 6 de marzo de 2023.
200. Asunto T-528/21: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2023 – Neratax/EUIPO – Intrum Hellas y otros (ELLO ERMOL, Ello creamy, ELLO, MORFAT Creamy y MORFAT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marcas de la Unión denominativas ELLO y MORFAT y figurativas ELLO ERMOL, Ello creamy y MORFAT Creamy – 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. 94, de 13 de marzo de 2023.
201. Asunto T-703/21: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2023 – Zielonogórski Klub Żużlowy Sportowa/EUIPO – Falubaz Polska (FALUBAZ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión FALUBAZ – 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. 94, de 13 de marzo de 2023.
202. Asunto T-320/22: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2023 – Scania CV/EUIPO (V8) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión V8 – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 94, de 13 de marzo de 2023.
203. Asunto T-351/22: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2023 – De Dietrich Process Systems/EUIPO – Koch-Glitsch (SCHEIBEL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SCHEIBEL – Causa de nulidad absoluta – Artículos 7, apartado 1, letra c), y 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) no 40/94 [actualmente artículos 7, apartado 1, letra c), y 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 94, de 13 de marzo de 2023.

204. **Asunto T-352/22: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2023 – De Dietrich Process Systems/EUIPO – Koch-Glitsch (KARR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión KARR – Causa de nulidad absoluta – Artículos 7, apartado 1, letra c), y 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) no 40/94 [actualmente artículos 7, apartado 1, letra c), y 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 94, de 13 de marzo de 2023.**

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

205. **Asunto C-473/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Markkinaoikeus (Finlandia) el 15 de julio de 2022 – Mylan AB / Gilead Sciences Finland Oy, Gilead Biopharmaceutics Ireland UC, Gilead Sciences Inc., DOUE, C, núm. 389, de 10 de octubre de 2022.**
206. **Asunto C-716/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de septiembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça – Portugal) – RTL Television GmbH / Grupo Pestana S. G. P. S. SA, SALVOR – Sociedade de Investimento Hoteleiro SA (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Radiodifusión vía satélite y distribución por cable – Directiva 93/83/CEE – Artículo 1, apartado 3 – Concepto de «distribución por cable» – Operador de la retransmisión que no tiene la condición de distribuidor por cable – Retransmisión simultánea, inalterada e íntegra de emisiones de televisión o de radio difundidas vía satélite y destinadas a su recepción por el público, realizada por un establecimiento hotelero, por medio de una antena parabólica, de un cable y de receptores de televisión o radio – Inexistencia), DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.**
207. **Asunto C-263/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de septiembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los Contenidos Digitales (AMETIC) / Administración del Estado y otros (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Derecho de reproducción exclusivo – Excepción – Copias para uso privado – Canon – Excepción ex ante – Certificado de excepción emitido por una entidad de Derecho privado controlada únicamente por las sociedades de gestión de los derechos de autor – Facultades de control de dicha entidad), DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.**
208. **Asunto C-355/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 13 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy – Polonia) – Perfumesco.pl sp. z o.o., sp. k. /**

**Procter & Gamble International Operations SA (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Directiva 2004/48/CE – Respeto de los derechos de propiedad intelectual – Artículo 10 – Medidas correctivas – Destrucción de mercancías – Concepto de «infracción de un derecho de propiedad intelectual» – Mercancías designadas por una marca de la Unión Europea), DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.**

- 209. Asunto C-723/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München (Alemania) el 24 de noviembre de 2022 – Citadines Betriebs GmbH / MPLC Deutschland GmbH, DOUE, C, núm. 94, de 13 de marzo de 2023.**

#### PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

- 210. Asunto C-456/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 8 de julio de 2022 – VX y AT / Gemeinde Ummendorf, DOUE, C, núm. 359, de 19 de septiembre de 2022.**
- 211. Asunto C-461/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hannover (Alemania) el 12 de julio de 2022 – MK / WB, DOUE, C, núm. 398, de 17 de octubre de 2022.**
- 212. Asunto C-184/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de agosto de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus apygardos administracinis teismas – Lituania) – OT / Vyriausioji tarnybinės etikos komisija [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7, 8 y 52, apartado 1 – Directiva 95/46/CE – Artículo 7, letra c) – Artículo 8, apartado 1 – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 6, apartados 1, párrafo primero, letra c), y 3, párrafo segundo – Artículo 9, apartado 1 – Tratamiento necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento – Objetivo de interés público – Proporcionalidad – Tratamiento de categorías especiales de datos personales – Normativa nacional que obliga a publicar en Internet datos contenidos en las declaraciones de intereses privados de personas físicas que trabajan como servidores públicos o de directivos de asociaciones o de establecimientos que reciben fondos públicos – Prevención de los conflictos de intereses y de la corrupción en el sector público], DOUE, C, núm. 408, de 24 de octubre de 2022.**
- 213. Asuntos acumulados C-793/19 y C-794/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2022 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesverwaltungsgericht – Alemania) – Bundesrepublik Deutschland / SpaceNet AG (C-793/19), Telekom Deutschland GmbH (C-794/19) (Procedimiento prejudicial – Tratamiento de datos de carácter personal 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 – Directiva 2002/58/CE – Artículo 15, apartado 1 – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 6, 7, 8 y 11 y artículo 52, apartado 1 – Artículo 4 TUE, apartado 2), DOUE, C, núm. 424, de 7 de noviembre de 2022.

214. Asunto C-590/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Wesel (Alemania) el 9 de septiembre de 2022 – AT, BT / PS GbR, VG, MB, DH, WB, GS, DOUE, C, núm. 463, de 5 de diciembre de 2022.
215. Asunto C-77/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el F városi Törvényszék – Hungría) – Digi Távközlési és Szolgáltató Kft. / Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 5, apartado 1, letras b) y e) – Principio de «limitación de la finalidad» – Principio de «limitación del plazo de conservación» – Creación, a partir de una base de datos existente, de una base de datos para realizar pruebas y corregir errores – Tratamiento ulterior de los datos – Compatibilidad del tratamiento ulterior de los datos con los fines de su recogida inicial – Plazo de conservación relativo a esos fines], DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
216. Asunto C-129/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel – Bélgica) – Proximus NV / Gegevensbeschermingsautoriteit [Procedimiento prejudicial – Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas – Directiva 2002/58/CE – Artículo 12 – Guías públicas y servicios de información sobre números de abonados – Consentimiento del abonado – Obligaciones del proveedor de guías telefónicas y de servicios de información – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 17 – Derecho de supresión («el derecho al olvido») – Artículo 5, apartado 2 – Artículo 24 – Obligaciones de información y responsabilidad del responsable del tratamiento], DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
217. Asunto C-306/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 20 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad – Bulgaria) – Komisija za zashtita na lichnite danni, Tsentralna izbiratelna komisija / Koalitsia «Demokratichna Bulgaria – Obedinenie» [Procedimiento prejudicial – Protección de datos de carácter personal – Reglamento (UE) 2016/679 – Ámbito de aplicación – Artículo 2, apartado 2, letra a) – Concepto de «actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» – Elecciones nacionales y europeas – Artículo 6, apartado 1, letra e) – Licitud del tratamien-

- to – Artículo 58 – Acto adoptado por las autoridades de control que limita o, en su caso, prohíbe la grabación de vídeo durante la comprobación de los resultados de la votación en los colegios electorales], DOUE, C, núm. 472, de 12 de diciembre de 2022.
218. Asunto C-604/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel (Bélgica) el 19 de septiembre de 2022 – IAB Europe / Gegevensbeschermingsautoriteit; Otras partes: TR y otros, DOUE, C, núm. 482, de 19 de diciembre de 2022.
219. Asunto C-621/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam (Países Bajos) el 29 de septiembre de 2022 – Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond / Autoriteit Persoonsgegevens, DOUE, C, núm. 7, de 9 de enero de 2023.
220. Asunto C-350/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski gradski sad – Bulgaria) – Proceso penal contra Spetsializirana prokuratura [«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 durante un período de seis meses – Lucha contra la delincuencia grave – Acceso a los datos conservados – Información a los interesados – Derecho a recurrir – Directiva 2002/58/CE – Artículo 15, apartados 1 y 2 – Directiva (UE) 2016/680 – Artículos 13 y 54 – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7, 8, 11, 47 y 52, apartado 1»], DOUE, C, núm. 15, de 16 de enero de 2023.
221. Asunto C-460/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – TU, RE / Google LLC [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Artículo 12, letra b) – Artículo 14, párrafo primero, letra a) – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 17, apartado 3, letra a) – Gestor de un motor de búsqueda de Internet – Búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona – Muestra en la lista de resultados de la búsqueda de un enlace a artículos que contienen información supuestamente inexacta – Muestra en la lista de resultados de una búsqueda de imágenes, en forma de imágenes de previsualización en miniatura (thumbnails), de fotografías que ilustran dichos artículos – Solicitud de retirada de enlaces dirigida al gestor del motor de búsqueda – Ponderación de derechos fundamentales – Artículos 7, 8, 11 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Obligaciones y responsabilidades del gestor del motor de búsqueda de Internet en el tratamiento de la solicitud de retirada de enlaces – Carga de la prueba sobre el solicitante de la retirada de enlaces], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.



222. **Asunto C-180/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Administrativen sad – Blagoevgrad – Bulgaria) – VS / Inspektor v Inspektorata kam Visshia sadeben savet [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículos 2, 4 y 6 – Aplicabilidad del Reglamento 2016/679 – Concepto de «interés legítimo» – Concepto de «misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos» – Directiva (UE) 2016/680 – Artículos 1, 3, 4, 6 y 9 – Licitud del tratamiento de datos personales recogidos en el marco de una investigación penal – Tratamiento ulterior de los datos relativos a la supuesta víctima de una infracción penal a los efectos de formular acusación contra ella – Concepto de «fines [...] distintos de aquel para el que se recojan» los datos personales – Datos utilizados por la Fiscalía de un Estado miembro en el ejercicio de su defensa en el marco de una acción de responsabilidad del Estado], DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.**
223. **Asunto C-693/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polonia) el 10 de noviembre de 2022 – I. sp. z o.o. / M. W., DOUE, C, núm. 35, de 30 de enero de 2023.**
224. **Asunto C-672/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Koblenz (Alemania) el 27 de octubre de 2022 – BZ / DKV Deutsche Krankenversicherung AG, DOUE, C, núm. 45, de 6 de febrero de 2023.**
225. **Asunto C-740/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Itä-Suomen hovioikeus (Finlandia) el 2 de diciembre de 2022 – Endemol Shine Finland Oy, DOUE, C, núm. 63, de 20 de febrero de 2023.**
226. **Asunto C-132/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de enero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el F városi Törvényszék – Hungría) – BE / Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículos 77 a 79 – Recursos – Ejercicio paralelo – Articulación – Autonomía procesal – Efectividad de las normas de protección establecidas por este Reglamento – Aplicación coherente y homogénea de estas normas en toda la Unión Europea – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea], DOUE, C, núm. 71, de 27 de febrero de 2023.**
227. **Asunto C-154/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de enero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – RW / Österreichische Post AG [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 15, apartado 1, letra c)**

– Derecho de acceso del interesado a sus datos – Información sobre los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales – Limitaciones], DOUE, C, núm. 71, de 27 de febrero de 2023.

228. Asunto C-205/21, Ministerstvo na vatrešnite raboti Registro de datos biométricos y genéticos por la Policía: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de enero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Spetsializiran nakazatelen sad – Bulgaria) – Proceso penal contra V. S. [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva (UE) 2016/680 – Artículo 4, apartado 1, letras a) a c) – Principios relativos al tratamiento de datos personales – Limitación de los fines – Minimización de los datos – Artículo 6, letra a) – Distinción clara entre los datos personales de las distintas categorías de personas – Artículo 8 – Licitud del tratamiento – Artículo 10 – Transposición – Tratamiento de datos biométricos y genéticos – Concepto de «tratamiento autorizado por el Derecho del Estado miembro» – Concepto de «estrictamente necesario» – Facultad de apreciación – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7, 8, 47, 48 y 52 – Derecho a la tutela judicial efectiva – Presunción de inocencia – Limitación – Delito público doloso – Investigados – Recogida de datos fotográficos y toma de huellas dactilares a efectos de su registro y obtención de muestras biológicas para la elaboración de un perfil ADN – Procedimiento de recogida forzosa – Carácter sistemático de la recogida], DOUE, C, núm. 94, de 13 de marzo de 2023.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

229. Asunto C-718/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Erfurt (Alemania) el 23 de noviembre de 2022 – HK / Debeka Lebensversicherungsverein a. G., DOUE, C, núm. 45, de 6 de febrero de 2023.
230. Asunto C-577/21: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 15 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski gradski sad – Bulgaria) – LM, NO / HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG (Procedimiento prejudicial – Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 2009/103/CE – Artículo 3, párrafo cuarto – Concepto de «daños corporales» – Cobertura por el seguro obligatorio – Accidente de tráfico – Fallecimiento de un pasajero – Derecho a indemnización de los hijos menores de edad – Perjuicio inmaterial – Sufrimiento de un hijo como consecuencia del fallecimiento de su progenitor a raíz de dicho accidente – Indemnización únicamente en caso de daño patológico), DOUE, C, núm. 54, de 13 de febrero de 2023.

# 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

**ALBERS, Gregor; PATTI, Francesco Paolo, y PERROUIN-VERBE, Dorothee: *Causa contractus*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2022, 928 + xx pp.\*\***

Creo no exagerar si digo que este es un libro un tanto único en su género. No son excesivamente habituales, pero sí existen, un buen número de ejemplos de obras colectivas que abordan materias de Derecho privado europeo: varias de ellas vieron la luz con ocasión de los movimientos de comienzos de siglo tendentes a una posible unificación del Derecho europeo de contratos. Se trata de obras de importancia que tratan parcelas relativamente amplias en un análisis de Derecho comparado. Lo peculiar del libro colectivo de casi mil páginas objeto de esta reseña es que aborda una concreta institución, la llamada causa del contrato, intentando analizarla en perspectiva de detalle. Y que, además, el estudio no se hace solo desde el plano del derecho comparado, sino superponiendo ese método y el histórico, hasta conseguir que los trabajos que en ella se contienen no sean solo exposiciones del *status questionis* de la respectiva doctrina nacional, sino aportaciones originales en que los autores intentan desarrollar sus propios puntos de vista en el marco de un trabajo colectivo.

La obra está coordinada, y ello constituye otra cierta sorpresa, por tres jóvenes juristas, que si bien han dado ya prueba de sus capacidades en diversos trabajos previos, están aún lejos del periodo de plena madurez académica: el alemán Gregor Albers, el italiano Francesco Paolo Patti y la francesa Dorothee Perrouin-Verbe. En torno a ellos han conseguido congregarse a unos veinte autores, de muy diferente perfil: desde algunos bien consagrados y ya en edad madura, como Hortst Ehmman, catedrático emérito de Treveris, hasta investigadores jóvenes que dan sus primeros pasos en su carrera universitaria. Casi todos ellos son de las mismas tres nacionalidades de los

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

\*\* Esta reseña es resultado del proyecto de investigación PID2020-114919GB-I00, «Mecanismos de justicia contractual: causa y buena fe», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

autores. La única excepción es Simon Whittaker, profesor en Oxford, y en cierto modo Birke Häcker, de nacionalidad alemana pero también catedrática en Oxford (hasta diciembre del 2022, pues en enero asumió la Cátedra en la Universidad de Bonn).

Este hecho de las mencionadas nacionalidades de los autores determina dos decisiones editoriales de cierta trascendencia. La primera, que los capítulos que integran el libro no estén escritos en la misma lengua, sino en una de las cuatro de nacionalidad de los autores. Y una segunda y aún más importante, que la perspectiva de Derecho comparado quede restringida a Alemania, Francia, Italia e Inglaterra: los autores de la obra trabajan sobre sus propios ordenamientos o sobre problemas intersaccionales entre ellos (aunque sobre el Derecho inglés, además de los antes mencionados, trabajan dos continentales que se mueven con soltura en ese ordenamiento: Kristin Boosfeld y Francesco Mezzanotte). Aunque como español me duela reconocerlo, no puede negarse que los cuatro ordenamientos elegidos constituyen un más que adecuado banco de pruebas en materia de causa.

El volumen, al que los coordinadores han dado el acertado nombre de *Causa contractus*, se inicia con un prefacio firmado por los tres coordinadores, que explica el largo proceso de redacción de la obra y los esfuerzos que ha supuesto, y un capítulo introductorio redactado por Gregor Albers, en inglés, en el que plantea los diversos problemas que se han ligado a las diferentes visiones de la causa y como ésta ha acabado desempeñando un importante papel en la misma teoría contractual: si las visiones más voluntaristas y consensualistas han rechazado este elemento como freno a la libre voluntad de obligarse, actitudes más «conmutativistas», como la de Atiyah, han visto en el elemento contraprestación el criterio esencial para la obligatoriedad del contrato (basta leer, para el que quiera comprobarlo, la luminosa introducción de ese autor a su inacabado *the rise and fall of freedom of contract*). Sin dejar en el tintero el hecho, a veces desconocido en España, de que los sistemas restrictivos de la libertad individual, como fue el fascismo, se apresuraron a reinterpretar el elemento causa, reelaborándolo como función económico-social, a fin de emplearlo como instrumento de control del mercado.

A partir de esa introducción el libro se estructura en cuatro bloques: el primero y más extenso dedicado a la evolución histórica del concepto, el segundo a la causa como elemento en la formación del contrato, el tercero a la relación entre la causa y el cambio sobrevenido de las circunstancias negociales y el cuarto y último al posible futuro de la causa. Voy a permitirme realizar un análisis algo más pormenorizado del primero de esos bloques, el que a mi juicio tiene más interés para el lector español, para luego continuar de modo algo más breve con los otros, más centrados en el Derecho comparado de los cuatro ordenamientos objeto de estudio.

El primer capítulo de esa primera parte lo redacta de nuevo Gregor Albers –los tres editores se han implicado mucho en la obra, y parece que han cubierto eventuales lagunas– quien hace una introducción y presentación de todo el recorrido histórico, dotándolo de unidad. Luego Tomasso dalla Massara, catedrático de Derecho romano en la Universidad de Roma Tre, en texto de nuevo traducido al alemán por Albers, hace una exposición de la doctrina de la causa en Derecho romano. Dalla Massara, reputado especialista en la materia, se centra en un conocidísimo texto de Aristo recogido en el Digesto por Ulpiano: D. 2,14,7,2. En él se señala la diferencia entre contratos nominados e innominados, y como éstos resultan obligatorios desde que concurre una causa. Dalla Massara, en contra de la que sigo

considerando interpretación dominante, que él ya ha impugnado en numerosos trabajos anteriores, plantea que la mención a la causa no alude en ese pasaje a la *datio* o el *factum* previo que fundamentaría la obligatoriedad de los llamados contratos reales innominados, sino al mero hecho de la existencia del *synallagma*, que tornaría obligatorio el negocio. Reconozco que, por más que sugerente, no me parece sostenible este punto de vista, que entrañaría pasar por alto la doctrina de los contratos reales innominados, bien expuesta por Paulo –un siglo más tardío que Aristo– en D. 19,5,5: resultaría en extremo sorprendente y casi contradictorio que este último texto, posterior al anterior, siguiese predicando el carácter real de esos contratos mientras que Aristo, un siglo antes, hubiese obrado ya su caracterización consensual. En realidad, no puede ocultarse que dalla Massara está buscando introducir en Derecho romano el concepto de causa de Betti (véase las pp. 47 y siguientes, muy ilustrativas), forzando una interpretación en que la simple función conmutativa del negocio le presta valor obligatorio. A mi juicio, y pese al esfuerzo constructivo de esta interpretación –nacida en Italia, pero que comienza a ganar adeptos en nuestros lares–, la realidad de los textos más parece indicar que, como ha sostenido la romanística desde los tiempos de Accursio, la mención a la causa en el pasaje de D. 2,14,7,2 no alude a otra cosa que a la prestación de una parte que torna obligatorio el pacto hasta entonces privado de acción. Dicho todo lo cual, no puede restarse calidad alguna al capítulo, por más que restrinja el debate sobre la causa en Derecho romano a ese fundamental texto dejando en penumbra todas las cuestiones suscitadas en torno a la causa de la *stipulatio* y de la *condictio*.

El siguiente capítulo está redactado por Arnaud Paturet, y abandona en parte la perspectiva jurídica para hacer un análisis más cultural y sociológico sobre el sentido de la causa en el mundo romano. Se aborda el sentido honorífico y no obligatorio del don, su origen sacral y religioso, y su expansión al mundo civil, caracterizado por la conmutatividad obligatoria. Supone un muy amable excursus por regiones un tanto orilladas por la perspectiva más técnica del Derecho romano.

El cuarto capítulo de este bloque, dedicado ahora al Derecho medieval, está escrito por otro reputado romanista, Martin Schermaier, catedrático en Bonn, maestro de Albers, y durante muchos años director de la *Savigny Zeitschrift*. Schermaier sigue las pautas habituales en la investigación de la doctrina de la causa en Derecho medieval, siguiendo los magistrales trabajos de Söllner y Dilcher –mucho más conocido el primero que el segundo, pese a estar ambos publicados en el mismo tomo de la *Savigny Zeitschrift*–, así como las aportaciones previas y posteriores: bien puede decirse que Schermaier tiene la virtud de agotar las fuentes secundarias, sin olvidar las españolas, como el excelente trabajo de Guzmán Brito. Schermaier vuelve a los textos del *ius commune* manejados por todos esos autores, y aporta otros más, volviendo a poner de manifiesto que la causa nació en ese periodo del Derecho, como un elemento que permitía consolidar o afianzar la *promissio simplex*, que los autores canónicos tenían por obligatoria sin necesidad de refuerzo alguno. Esa exigencia de causa de la obligación, introducida por Baldo en el Derecho canónico, se consolidó en ese ámbito. Pero es mérito de Schermaier demostrar, en contra de las fuentes aportadas por Söllner, que los autores del *ius civile* siguieron hasta finales del siglo xv aferrados al dogma «ex nudo pacto non oritur actio», rechazando por tanto un consensualismo que, aliado con la causa, comenzaba a expandirse por el Derecho medieval.

El quinto capítulo del bloque histórico, escrito por el alemán Klaus Kowalski, se dedica al Derecho moderno y al Derecho natural, y expone la evolución de un consensualismo que parte de Luis de Molina y, a través de Lessius, que recibió toda su influencia, es asumido por Groccio y Pufendorf. Vuelven de ese modo a ponerse de manifiesto, como ya han subrayado muchos estudiosos de autores del norte de Europa, las profundas raíces que la escuela protestante de Derecho natural tiene en la segunda escolástica española. No deja, en tal sentido, de ser un tanto lamentable que los estudios sobre esos autores españoles se estén desarrollando fuera de nuestras fronteras, mientras la doctrina iushistórica y iusfilosófica nacional más parece centrada en cuestiones al uso, muchas veces impulsadas por modas políticas pasajeras, de mucha menor trascendencia.

El siguiente capítulo de ese bloque está escrito por el italiano Andrea Maria Garofalo, y lleva el expresivo título «Itinerari della causa dal Code civil del 1804 al Codice civile del 1942». Se trata de un buen estudio de la codificación francesa, arrancando de Domat y Pothier, para ir a través de la escuela de la *exégésis* a la recepción de la causa en el *Codice* de 1865 y de 1942. Se destaca el papel desempeñado en este último por Emilio Betti, y su concepción restrictiva de la causa como función económico-social. Se consigue con este capítulo y el anterior ofrecer una versión tendencialmente completa de la configuración de la causa en los sistemas latinos, por más que hay que reconocer que quizá se echa en falta una mayor profundización en los textos de autores como Connanus, Voet o Heineccius que, muy cercanos a lo que antes he llamado «conmutativismo», tuvieron una enorme influencia en la expulsión de la donación del ámbito contractual.

El siguiente capítulo, de nuevo escrito en italiano, es obra de Francesca Bartolini, y relata brevemente los avatares de la doctrina italiana posterior al *Codice civile* de 1942. Como ya he mencionado y como la autora no quiere silenciar, la asunción por él del concepto de causa como función económico-social estuvo muy ligada al momento histórico del fascismo en que se redactó la obra. A partir de ahí, la doctrina italiana ha tenido que hacer numerosos esfuerzos para intentar desprender al concepto de esos orígenes –a mi juicio, no siempre con éxito–: intentando introducir el concepto de causa concreta y rebajando los límites que la visión objetivista de la causa impone a la autonomía de la voluntad. El capítulo representa por tanto una aportación muy interesante de la que debiera tomar nota una doctrina española siempre muy cercana a los influjos del *Codice*.

El octavo y extenso capítulo es de nuevo obra de la pluma de Gregor Albers, y narra con profundidad y detalle la primera recepción y posterior rechazo de la doctrina de la causa en el mundo jurídico alemán. Desde los primeros intentos de asimilación del *Code civil*, sobre todo en las regiones del Rin, en la que los autores tendieron a aceptar o silenciar el concepto, hasta el desplazamiento de la causa de la obligación al campo del derecho del enriquecimiento, operada por influjo de Savigny en las obras de Liebe, Puchta y Gneist: en ellas se entendía que la figura solo podía operar un control *ex post* de los desplazamientos patrimoniales injustificados. Pero si ese rechazo de la causa y su remisión al campo del enriquecimiento parecía aplicarse sobre todo a las adquisiciones reales, Bähr logra trasladarla también al ámbito obligacional, sosteniendo también la posibilidad de declaraciones obligatorias puramente abstractas, como el reconocimiento y la promesa de deuda, luego recogidos en los §§ 780 y 781 BGB, en los que la falta de causa de la obligación no provocará su directa ineficacia, sino su posible

impugnación por vía de las acciones de enriquecimiento, que penetran así en el plano obligatorio. En ese contexto, y aunque resulte sorprendente para el lector español –e incluso, como Albers pone de manifiesto, para el alemán actual–, la comisión redactora no entendía de modo general que el sistema obligatorio que establecía fuese abstracto, sino que la abstracción se limitaba a esos negocios recién citados, mientras que el resto de contratos se consideraban causales, por más que sin expresar con claridad en qué consistía esa caracterización.

El último y extenso capítulo del bloque histórico está escrito por Birke Häcker, y supone una incursión en el instituto inglés de la *consideration*, operado en cierto paralelo con la causa, y centrándose en sus orígenes históricos y en su empleo como remedio en casos de *frustration* del contrato. Häcker analiza cómo la existencia de una *consideration*, al comienzo entendida como cualquier razón justificativa de la obligación, nació como un requisito que fue exigiendo la jurisprudencia del siglo XVI a fin de aceptar la extensión de la *action of assumpsit* a la reclamación de cualquier obligación contractual. Pero a partir de ahí los propios tribunales continuaron la evolución, exigiendo que esa razón obligacional contuviese un cierto elemento de reciprocidad, y expulsando la mera intención liberal y remuneratoria del ámbito de la *consideration*. Puede decirse que en torno a 1840 se ha fraguado esa reducción del concepto, de forma que las promesas de donación carecen de fuerza obligatoria en la medida en que no vengan reforzadas por un documento formal (*deed*) que les otorgue carácter vinculante. A la vez, esa aparente rigidez ha ido luego siendo objeto de relajación, hasta el punto de admitirse como *consideration* cualquier posible contraprestación, hasta de ínfimo valor, que justifique la promesa: en tal sentido ha hablado Treitel de un «invented consideration», como un subterfugio nominal que permite cumplir los requisitos formales de la institución. En una segunda parte del trabajo, Häcker desplaza el punto de atención de la *consideration* como requisito para el nacimiento de la obligación a su eficacia como fundamento de los desplazamientos patrimoniales. La *failure of consideration* se convierte así en concepto central del derecho inglés de restituciones, amparando acciones de enriquecimiento y desvinculación en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias o *frustration*. El paralelismo entre esos conceptos y el derecho continental de enriquecimiento abre la puerta a un tratamiento paralelo de la materia.

Con todo ello finaliza la extensa parte histórica, que comprende más de un tercio de la obra, y que he querido analizar con mayor detalle. La segunda, algo más breve, está dedicada a aspectos que tienen que ver con la causa como elemento necesario para la validez o eficacia del contrato en el momento de su conclusión. El primer capítulo de esta parte lo escribe en inglés de Dorothe Perrouin-Verbe, y en él aborda diversas cuestiones entrelazando los ordenamientos francés, inglés y alemán: el control de legalidad a través de la causa, y el control del contenido contractual, tanto en caso de imposibilidad de cumplimiento como de ilegalidad de cláusulas particulares. Personalmente creo que la heterogeneidad de cuestiones, en un capítulo valioso, pero algo más breve que el resto, impide una visión de conjunto de los problemas. El segundo capítulo de esta parte está escrito por Elena Gianozzi, profesora de historia del Derecho en Reims, que vuelve hacia el Derecho romano y los requisitos de validez de ciertos contratos en relación con su causa: la regla *sine pretio nulla venditio est*, la necesidad de causa o motivo en la estipulación y el requisito de causa en los innominados, ya tratada por dalla Massara, y sobre cuyas tesis la autora prefiere no tomar posición explícita.

En el siguiente capítulo el profesor de Estrasburgo Samuel Fulli-Lemaire aborda desde otra perspectiva, más cercana al Derecho francés anterior a la reforma de 2016, las funciones de la causa, distinguiendo entre la causa de la obligación, útil a efectos de tipicidad contractual y exigencia de contraprestación, y la causa del contrato, creada por la jurisprudencia francesa para controlar la legalidad o moralidad de los fines del negocio. El autor reconoce que esa ambivalencia de conceptos y funciones, a la par que la acumulación de sutilezas y excepciones, ha sido probablemente el motivo de la supresión del concepto en la modernización del Derecho de obligaciones llevada a cabo en el país vecino. A continuación se recoge un capítulo en el que Ralf Treibmann aborda los mecanismos de que se sirve el Derecho alemán para instrumentar las funciones que tradicionalmente cumple la causa en los sistemas causalistas: el control de la licitud y moralidad del contrato (§§ 134 y 138 BGB), la posible abstracción de la causa en las promesas unilaterales de las que ya hablamos al referirnos a la aportación histórica de Albers (§§ 780 y 781), la exigencia de documentación notarial de la promesa de donación (§ 518). El autor, inteligentemente, vuelve a plantear en las páginas finales la función de la causa como correctivo de la voluntad individual, y la alternativa de soluciones e instrumentos que para ello ofrece un ordenamiento que, como el alemán, no menciona la causa como requisito contractual.

En el siguiente capítulo, el quinto de esta parte (por cierto: se echa en falta una numeración de capítulos que haga más fácil su seguimiento), Andrea Maria Garofalo y Francesco Paolo Patti abordan una visión muy completa de las funciones que se han atribuido en general a la causa en el Derecho italiano: control de la existencia de contraprestación o motivo, control de la razonabilidad del negocio, control de su licitud o posible fraude, pero también criterio clave de la interpretación contractual y de su clasificación como típico o atípico, oneroso o gratuito. El bloque se cierra con una aportación en la que Kristin Boosfeld hace una detallada incursión en el Derecho inglés para exponer los instrumentos paralelos a la causa que allí se manejan: la ya conocida *consideration*, pero también la *illegality* que controla la moralidad y legalidad de las prestaciones y el *common mistake* que instrumenta ciertos problemas de imposibilidad del objeto o del fin del contrato.

La tercera parte del libro se refiere al cambio de circunstancias, e intentaré resumirla brevemente. El primer capítulo, obra de nuevo de Francesco Paolo Patti, hace una apretada síntesis de los problemas del cambio de circunstancias en el Derecho inglés, alemán, francés e italiano, apuntando a que el concepto de *causa contractus* permite distinguir aquella alteración que, por afectar al núcleo esencial de la finalidad contractual, debe dar lugar a una renegociación o resolución del contrato, y aquellos en que la alteración se refiere a elementos accesorios que no deben dar lugar a esos remedios. Luego Manuel Grasso desarrolla perspectivas de Derecho romano en esta materia, demostrando que dicho Derecho no fue tan absolutamente ajeno al problema de la alteración de las circunstancias como a veces ha tendido a pensarse. A continuación, Perrouin-Verbe se ocupa de esa materia en el Derecho francés, anterior y posterior a la reforma, exponiendo las ventajas y riesgos de la norma que al respecto ha introducido el nuevo artículo 1195 del *Code civil*. Gregor Albers se ocupa luego, en un amplio capítulo, de la misma materia en el Derecho alemán, mostrando que la solución no solo viene por el § 313 BGB, introducido en la reforma de 2002, sino que en



muchos casos ya se articulaba y puede seguir articulándose a través de la frustración del fin de la *datio* prevista en el § 812. I.2 BGB. Francesco Paolo Patti hace lo propio, también de modo extenso, para el Derecho italiano, explicando y exponiendo los fundamentos de los artículos 1467-1469 del *Codice*, en los que se aborda la materia, y como dichas normas encuentran su fundamento en la doctrina de la causa concreta y de la presuposición, ambas de creación jurisprudencial: la voluntad del legislador italiano, expresada en 2019, de llevar a cabo una reforma del *Codice* que incluya estas materias, deja en cierta indefinición el camino que se seguirá en el futuro. Esta parte se cierra con una aportación de Francesco Mezzanotte sobre la doctrina inglesa de la *frustration*.

El último bloque del libro se dedica al llamado *Future of causa*. La primera aportación de esta parte esta representada por un breve ensayo escrito en común por los tres coordinadores de la obra en la que, describiendo la situación actual de la causa y su supresión en el Derecho francés, no muestran sin embargo pesimismo por su futuro en Europa: la *causa contractus* es, según ellos, un instrumento válido y necesario, y el concepto una especie de hidra de muchas cabezas que reaparece cuando se la daba por enterrada. A partir de ahí se recogen cuatro estudios particulares, de Thomas Genicon, Elena Bargelli, Horst Ehmann y Simon Whittaker en que se desarrollan perspectivas y virtualidades que la causa presenta en sus respectivos ordenamientos. Si Genicon y Bargelli se centran sobre todo en el futuro de la institución, Ehmann y Whittaker abordan más bien el papel que está siguiendo desarrollando en el Derecho inglés y alemán, sea por vía de las acciones de enriquecimiento y la *frustration*, sea a través de otras instituciones conexas. El libro se cierra con un extenso índice de fuentes, tanto legales como jurisprudenciales.

Es la hora de realizar una valoración y está debe ser clara: la obra es de extraordinaria valía, y representa un esfuerzo de clarificación de un concepto central del Derecho europeo de contratos. El análisis llega a alcanzar cada una de las facetas de la institución en los ordenamientos tratados. Lógicamente, más allá de coincidencias o divergencias doctrinales con las tesis defendidas por los autores de los capítulos, no faltan posibles críticas o perspectivas que quedan inacabadas, y algunas he mencionado: una obra colectiva siempre deja lagunas y posibles zonas grises, y el tratamiento de ciertas materias resulta más profundo que el de otras. Pero todo eso no quita que el lector quede impresionado por el caudal de conocimientos aportados, y la profundidad de los argumentos manejados. Si a eso se le suma la habitual pulcritud en la presentación que la editorial Mohr Siebeck acostumbra, bien puede decirse que el producto está particularmente logrado. No cabe sino confiar en que el ejemplo se difunda y empiecen a surgir más estudios de este tipo: si se quiere realmente consolidar una ciencia del Derecho privado europeo, es hora de dejar de lado los trabajos expositivos de Derecho comparado o los apresurados intentos de armonización, y dar paso a estudios de detalle que aborden en profundidad las instituciones centrales de nuestra tradición jurídica.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud: *Retraso, mora y Nachfrist en la modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 424 pp.**

Vivimos unos tiempos, desde el punto de vista bibliográfico, aparentemente boyantes para la doctrina civilista –en general sucede lo mismo, es algo compartido, nos parece, en otras disciplinas–. Esta bonanza a la que nos referimos es básicamente cuantitativa: nunca se ha publicado tanto. A favor de este número elevado de publicaciones operan distintos factores, además de lo más elemental: la evidente agilización y facilitación, por los avances técnicos producidos, del proceso industrial de edición y de impresión. Entre tales factores, sin duda, es muy determinante el modo en el que está concebida la carrera académica, tanto el acceso a la misma como, sobre todo, el progreso en el seno de ésta. Es notorio que el sistema de acreditación existente, a base de acumulación de méritos, ha propiciado esta inflación bibliográfica. Hace tiempo que ha triunfado el cuánto y el dónde (se publica) sobre el qué (se publica). Esto tiene unos efectos negativos igualmente evidentes. Los civilistas, nos tememos, cada vez leemos menos; ciertamente, en buena medida, por sentirnos apabullados, prácticamente atropellados, ante un inabarcable número de novedades, en crecimiento continuo, que lleva a preguntarse algo tan básico como por dónde empezar. Consecuencia directa de esto es también una deriva hacia la especialización monográfica altamente empobrecedora desde el punto de vista intelectual, ya que se lee solo aquello que pertenece al campo específico y concreto en el que cada uno nos hemos especializado. El efecto innegable de todo ello es una generalizada y perceptible bajada de calidad de lo que se publica –de lo mucho que se publica–, hasta el punto de que hay que pensar que no son raros, entre nosotros, quienes acumulan un mayor número de publicaciones propias que de lecturas.

Ante este panorama (cuyo diagnóstico a algunos seguro que les parecerá exageradamente pesimista), un libro como el que aquí reseñamos nos parece que ha de ser saludado, por su calidad, como una buena noticia. Antoine Compagnon señala que la labor de los críticos, lo que el público lector espera de ellos, es que simplemente digan cuáles son los buenos libros y cuáles los malos; en definitiva, aclara de inmediato, que los juzguen, que separen el grano de la paja y que fijen el canon. Por supuesto, y también lo apunta este gran maestro de la crítica literaria, su valoración ha de ser argumentada y no estar basada solo en juicios subjetivos. Cumplimos por tanto con nuestro cometido afirmando que *Retraso, mora y Nachfrist en la modernización del Derecho de obligaciones*, de Andrea Salud Casanova Asencio es una excelente monografía, un juicio que sostendremos debidamente motivado. Esta valoración tan favorable, es innecesario advertirlo, no significa que no haya cosas en el libro con las que no estemos de acuerdo, conclusiones que no compartamos y otros aspectos que nos parezcan criticables en el mejor sentido. Todo ello no obsta, insistimos, más bien al contrario, el juicio positivo y encomiástico que acabamos de emitir.

La obra que nos entrega la Doctora Casanova Asencio, aunque nada se dice en la presentación del Profesor Ataz López, ni en la introducción de la propia autora, tiene su origen, como delata Dialnet, en la tesis doctoral que ésta defendió en la Universidad de Murcia en 2020 con el título *La regulación del retraso en la modernización del derecho de obligaciones: su*

*incidencia en el derecho español*. Hay que pensar que se trata por tanto de una reelaboración o adaptación (con el objeto de publicarla como monografía) de la memoria que le sirvió para colacionar el grado de doctor. A pesar de todo, creemos que se sigue notando dicho origen (de tesis doctoral) en el libro, tanto para lo bueno (la exhaustividad y la profundidad que alcanza en algunos momentos) como para algunos aspectos que no nos parecen tan positivos. Así, por ejemplo, la estructura –en tres partes y nueve capítulos– es muy propia de ese tipo de trabajos académicos, lo cual, obviamente, no es negativo. Sí nos parece, en cambio, que lastra un tanto el resultado final de la obra el modo en el que la autora retuerce a veces el texto y lo sobrecarga acaso excesivamente, llegando a ser un punto agotador, no solo, dicho con un poco de ironía, del tema sino del lector. Es propio de los doctorandos (de los buenos doctorandos, como es el caso sin duda que nos ocupa) demostrar lo mucho que saben del tema (su tema, no se olvide) y de las cuestiones secundarias que derivan de éste, cuyo tratamiento en extenso no siempre está del todo justificado. Es algo que puede ser comprensible en una tesis pero que debe tratar de moderarse en la publicación que se realiza a partir de ésta. El resultado en este caso, como decimos, puede llegar a ser un poco excesivo y hasta premioso en ocasiones, obligando a la autora a continuas llamadas de atención para que no se pierda el hilo conductor del texto.

En cuanto al tema tratado –al que creemos que el título asignado al libro no se le ajusta del todo–, lo sintetiza muy bien Joaquín Ataz en la excelente presentación (a la altura de la calidad de la obra) a la que ya hemos aludido. Éste no hace más que eso, presentar, con justeza y medida –en dos páginas y media y en ocho párrafos; bueno es decirlo ahora que existen tantos aficionados a contarlo todo–, a la autora y al tema desarrollado, destacando los riesgos y las dificultades de éste, que no duda en calificar de auténtico «campo de minas» conceptual. Así, en pocas líneas, describe perfectamente tales dificultades, muchas de ellas conocidas, ya que se trata de una cuestión clásica: la del abordaje del retraso en el cumplimiento de la obligación, el también llamado cumplimiento tardío, un auténtico «inquilino incómodo», así lo denomina, del edificio del Derecho de obligaciones. Dichas dificultades, las que acompañan a este tema, se habrían visto aumentadas en los últimos tiempos por un intenso (y parece que inacabable) debate en torno al concepto de incumplimiento. El tratamiento desfasado e indulgente que recibe la cuestión del retraso en el Código Civil (concebido para un mundo «lento y pausado» que ya no existe, que prácticamente no existía cuando éste se promulgó a finales del XIX), justifica y hace necesario un replanteamiento de dicha regulación, que pasaría necesariamente por reconocerle consecuencias jurídicas más allá de que, como se prevé hasta ahora, por el acreedor se haya constituido en mora al deudor. En dicho replanteamiento, fundamentalmente indagando posibles soluciones y distintos modos de enfrentar la cuestión inspiradas a partir del llamado «movimiento de modernización del Derecho de obligaciones», es en lo que se emplea –y de qué modo, hay que decirlo– la autora.

En efecto, el núcleo principal de la monografía, el mayor esfuerzo por parte de la Doctora Casanova, está dedicado al tratamiento del retraso en los que denomina textos de modernización del Derecho de obligaciones. De ello se ocupa de forma amplia (quizá de un modo un tanto excesivo y hasta un poco reiterativo por momentos, como ya hemos señalado), principalmente en la segunda parte del libro, compuesta por cuatro capítulos, que

constituyen, en número de páginas, prácticamente la mitad de éste (la primera parte, los tres primeros capítulos, tienen un claro carácter introductorio, sirviendo de presentación general de la cuestión). Con un esfuerzo y un despliegue más que notables, realiza un análisis en profundidad del tratamiento del retraso en una serie de textos concretos, agrupados todos bajo la común etiqueta de pertenecer al aludido movimiento modernizador. Dicha etiqueta, como la propia autora reconoce, es manejada en un sentido bastante amplio. Ello explica que el conjunto que conforma finalmente sea un tanto abigarrado –se mezcla el *soft law* con el Derecho efectivo y los textos nacionales con los internacionales de distinta procedencia–, notándose a la postre que la selección está un poco como cortada a la medida. Así, otorgándoles por supuesto distinta relevancia en lo referente al tema tratado, hace desfilar, entre otros, a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena (CISG), los Principios Unidroit, el Proyecto Gandolfi (o Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía), los Principles of European Contract Law (PECL), el Draft Common Frame of Reference (DCFR) o el Common European Sales Law (CESL), junto con la reforma del Code Civil en 2016 o las distintas propuestas españolas de reforma del Derecho de obligaciones y contratos –que con diversa procedencia (la Comisión General de Codificación y la Asociación de Profesores de Derecho civil) se han producido entre 2005 y 2016–, así como el llamado Anteproyecto de Código Mercantil, elaborado también en la Comisión General de Codificación. El análisis concienzudo y pormenorizado que realiza de muchos de estos textos, a partir fundamentalmente del tratamiento que conceden a la mora del deudor, manteniéndola explícitamente o no, o reconociéndola de manera más o menos dudosa, así como de la presencia en los mismos de otros mecanismos relacionados con el retraso, entre ellos, como el más destacado (y extendido), el *Nachfrist* proveniente del Derecho alemán, le permite extraer unas conclusiones con las que armar, con solidez, su propuesta de modernización de la regulación del retraso en el ordenamiento jurídico español, a la que está dedicada la tercera parte del libro, de un claro carácter propositivo.

En los tres restantes capítulos con los que se completa la obra, efectivamente, expone cómo debería ser esta nueva regulación del retraso, moderna y a la altura de los tiempos. La misma pasaría, concluye, por el acogimiento general en nuestro ordenamiento –ahora tiene una tímida presencia por medio del artículo 66 bis TRLGDCU o del libro sexto del CCCat– del *Nachfrist* (ampliamente aceptado por la doctrina y respaldado en las propuestas españolas de modernización), adaptado por supuesto en lo que fuera necesario. De manera inteligente, propone también, por su utilidad, una puesta al día del expediente de la mora del deudor, que consistiría, entre otras cosas, en algo tan actual como adecuarlo a los diversos ámbitos en los que la contratación se desenvuelve (la autora los identifica como la que se da «entre particulares», «con consumidores» y «profesionalizada»), así como la posibilidad de articular un mecanismo híbrido o mixto «*Nachfrist*-mora». En definitiva, apunta, demostrando su buen hacer como comparatista, que la posible implementación del *Nachfrist*, que muchos pretenden que se adopte tal cual, no ha de suponer, más bien al contrario, la desaparición de la mora sino su revitalización, coordinada y ensamblada con éste, en el tratamiento general del retraso.

Además de las consideraciones precedentes, el libro sugiere otras desde su condición genérica de monografía de calidad en el campo del Derecho civil. En este sentido, nos parece destacable, en primer lugar, como ya se ha apuntado, el uso que dispensa al Derecho comparado. La autora demuestra –y se trata de un presupuesto necesario para actuar con solvencia como comparatista– manejarse excelentemente con otros Derechos, principalmente el alemán, por supuesto, como patria de origen del *Nachfrist*, pero también el Derecho francés o el Derecho anglosajón. Pero sobre todo realiza como tal, como comparatista, un ejercicio muy actual, bastante alejado de la idea tradicional del simple trasplante, es decir, del mero préstamo de un mecanismo o de una figura (en este caso, el *Nachfrist*), tal cual y sin realizar las adaptaciones pertinentes, de un ordenamiento a otro.

En segundo lugar, el libro tiene un fuerte componente reivindicativo de los textos que integran el movimiento modernizador del Derecho de obligaciones y contratos. En cierto modo, puede pensarse que funciona también como un manifiesto en pro de su utilidad. Un tanto paradójicamente, es evidente que muchos de estos textos, puro *soft law*, han envejecido y manifiestan claras señales de agotamiento. Su influencia se va reduciendo conforme pasa el tiempo, a pesar de obras como ésta que los rescatan y los mantienen vivos, sirviendo de vía de penetración de lo mucho que todavía seguramente pueden brindar. La autora realiza, en este sentido, un encomiable trabajo de decantación de lo que dichos textos ofrecen sobre la regulación del retraso en el cumplimiento y sus consecuencias. Su labor recuerda, salvando las distancias, a esos buenos trabajos preparatorios prelegislativos, esos que mucho sospechamos, dada la calidad de nuestras leyes últimamente, que cada vez se hacen menos.

Justamente en relación con esto último, lo que nos parece que no queda muy claro, ya que no se acomete por la autora respecto de los textos modernizadores pero tampoco con relación a la propuesta *de lege ferenda* que de algún modo realiza, es la identificación de la realidad práctica a la que ha de aplicarse este renovado Derecho de obligaciones y contratos, y también, en concreto, esta nueva concepción del retraso en el cumplimiento (algo que justificaría la necesidad de dicha renovación, en definitiva). Hubiera sido interesante describir y analizar esa realidad con algo más de detalle y profundidad y no despacharla diciendo simplemente que el mundo ha cambiado porque se ha acelerado. Y es que si se olvida que el Derecho es, que está pensado –debe ser así siempre, ya que solo de este modo tiene sentido– para una realidad (práctica y conflictiva), una monografía como ésta puede terminar derivando hacia un dogmatismo circular y autorreferencial, hacia lo puramente escolástico, algo en lo que puede que se incurra, creemos, en alguno de los pasajes de la misma.

Lo último que acaba de señalarse –una mera opinión, por tanto muy discutible– no resta ni un ápice a la calidad del libro. Su sola publicación, ante el panorama descrito al inicio de esta reseña, reconforta y desde luego nos devuelve a lo mejor de nuestra doctrina civilista, en la que, por esta meritoria y destacada aportación, hay que considerar ingresada a la Doctora Casanova Asencio.

César HORNERO MÉNDEZ  
Profesor contratado doctor de Derecho civil  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

**INFANTE RUIZ, Francisco José: *El aprovechamiento injustificado como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 220 pp.**

He leído con gusto «El *aprovechamiento injustificado* como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la *undue influence* del Derecho inglés» que ha publicado recientemente mi estimado colega Francisco J. Infante Ruiz. He discutido con Fran Infante muchas veces en el pasado y, tras la lectura de este libro, creo que no vamos a perder esta sana costumbre.

Como es sabido, en el *common law*, la *undue influence* se suele estudiar al lado de la *duress*. Esta última figura equivale al vicio de la voluntad que entre nosotros llamamos violencia/intimidación, mientras que la *undue influence* siempre se ha puesto en conexión, desde un punto de vista comparado, con la idea de lo que entre nosotros es la captación de la voluntad y con el llamado temor reverencial<sup>1</sup>. En el *common law*, la *undue influence* permite anular el contrato en casos en los que la voluntad de una de las partes ha sido captada por quien estaba con ella en una relación de confianza o superioridad. Se trata de casos que pueden resultar más o menos difícilmente encuadrables en la violencia/intimidación, especialmente si es tan rígida como es la *duress* de los ingleses. Los ejemplos clásicos de *undue influence* son los negocios celebrados entre pupilos y tutores, entre marido y mujer, los celebrados entre el abogado y el cliente, etc. Son casos que, entre nosotros, han sido encauzados a veces por medio de prohibiciones legales, autorizaciones o regulaciones especiales (cfr. art. 1459, antiguo art. 271 para el tutor, actual art. 287 para el curador y, para testamentos, arts. 681 y 682 CC;) y que, mucho más recientemente, se pueden poner en relación con los cada vez más difundidos deberes de información establecidos en beneficio de los consumidores, por ejemplo, en contratos financieros. Desde un punto de vista general, sin embargo, esas situaciones se colocan en nuestro sistema entre la intimidación y dolo.

La *undue influence* del *common law* de Inglaterra y Gales –su significado, su funcionamiento y su posible interés para el desarrollo del Derecho privado desde un punto comparado– es la figura que estudia el libro que voy a comentar. Empezaré con algunas observaciones relativas a la estructura del trabajo, seguiré destacando los puntos en los que estoy plenamente de acuerdo con las opiniones del autor y cerraré con algunos comentarios en los que no estoy tan conforme.

1. La estructura: el trabajo comienza con una introducción, en la que se da una primera aproximación a la noción de *undue influence* y se advierte que el orden que se va a dar al libro no es el ortodoxo. En efecto, la falta de ortodoxia se percibe pronto cuando, en el segundo capítulo, se recogen las enseñanzas de los comparatistas para destacar una sedicente rigidez en la arquitectura tradicional de los vicios de la voluntad del Derecho civil continental. Es un capítulo breve, en el que la descripción de la realidad que se hace por los comparatistas que se citan creo que suena un poco acartonada, puesto que, como el propio libro deja claro más adelante, el sistema de vicios del consentimiento en nuestro Derecho (dolo e intimidación/violencia, por lo

<sup>1</sup> Así lo destaca entre nosotros DE MALLOL, «Los vicios del consentimiento contractual en Derecho comparado», RIDC, 1960, p. 112 y, en Italia, DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Padua, 1990, p. 97 n 133. También en Italia hay un estudio específico sobre esta materia: TEDESCHI, «Timore reverenziale e influenza indebita», Riv. Dir. Civ., 1983-II, p. 128 ss.

que nos importa) es en la actualidad bastante flexible y puede hacerse cargo sin demasiada dificultad de algunos casos de los que en el sistema inglés se solucionan con la *undue influence*. La impresión que deja al lector este capítulo es que los comparatistas que se citan están estudiando o describiendo una realidad práctica y viva desarrollada por los jueces del *common law*, para compararla luego con la realidad estática del Derecho civil contenido en los códigos. En la disputa entre la vida y un libro (el código), naturalmente, gana la primera por goleada, pero es porque se ignora –creo que injustamente– que la vida entra en los sistemas de Derecho civil de la mano de la doctrina y la jurisprudencia. Los comparatistas citados parecen olvidar que el Derecho civil (continental) no es solo el código civil de cada sistema. Así planteada la comparación, el Derecho civil continental pelea con una mano atada a la espalda y es lógico que salga malparado.

En el tercer capítulo, se traza el desarrollo histórico de la *undue influence* y sus diferencias con la *duress*. En el cuarto, se cierra el foco para estudiar las clasificaciones que se han hecho dentro de la *undue influence* y su funcionamiento concreto. Este capítulo es central en el libro y permite hacerse una muy exacta representación de lo que esta figura es dentro del sistema en que se inserta.

El capítulo cinco aborda algunas figuras que el autor pone en relación con la *undue influence* (usura y buenas costumbres en Alemania, la rescisión por lesión y contrato celebrado en estado de necesidad, en Italia, y las diversas figuras que existen en Francia tras la reforma de 2016). Es también en este capítulo cinco donde aparece una descripción –más prolija– del funcionamiento de las cosas en Derecho español, teniendo en cuenta aquí algunas figuras similares a las recogidas en otros países (la usura de la Ley Azcárate, la rescisión en Derecho navarro y Derecho catalán, o el régimen de auxilio en el mar regulado en la Ley 60/1962) a los que se viene a añadir ahora la figura del dolo, la intimidación y la ilegalidad de la causa.

El libro explica bien en este capítulo dedicado al Derecho español la aparición de la expresión «influencia indebida» en el texto de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (art. 8). Destaca el autor que ese texto transcribe literalmente un texto incluido en la Directiva que traspone y que dicho texto es muy amplio, quizá porque se dirigía también a algunas jurisdicciones de *common law* (en aquella época, la Directiva también se dirigía al Reino Unido). La Directiva, al igual que la propia Ley 29/2009, no pretende hacer modificaciones en el Derecho contractual de los Estados miembros, con lo que el término «influencia indebida» queda un poco en el limbo de un supuesto de hecho relevante sin una consecuencia jurídica clara. En esa situación, el libro propone solucionar los supuestos a los que alude esa «influencia indebida» con nuestro tradicional vicio de la intimidación. El autor explica aquí, con toda corrección, que la situación de presión bajo la que el consumidor decide encaja bien en la situación a la que típicamente responde la intimidación regulada en nuestro art. 1267 CC.

También se explica bien en el libro la aparición de la «influencia indebida» y el «abuso de influencia» que se recoge ahora en el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 21, introducida por Ley Foral 21/2019). Aquí la cercanía con la figura inglesa es más intensa, puesto que lo quiere evitar el legislador navarro es la captación de la voluntad de los adultos mayores por parte de sus cuidadores.

Se explica a continuación con claridad el art. 621-45 del Código Civil de Cataluña, que menciona la idea de «especial relación de confianza», pero lo

hace en una figura que apunta más bien a la naturaleza rescisoria del remedio. La figura se pone en relación con la tradicional figura de la *laesio ultra dimidium* del Derecho histórico catalán y con figuras similares que se pueden encontrar en algunos textos de *soft law* en relación con el aprovechamiento de la debilidad ajena. Por ello, se explica en el libro que se trata de un vicio «híbrido» que, sin embargo, mira más bien a remedios propios de la rescisión.

El libro dedica también algunas páginas al estudio de los abusos e influencias indebidas en el ámbito 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. Se explica que, una vez que la voluntad de la persona con discapacidad pasa en esa ley a primer término, los problemas de «influencia indebida» –de captación de la voluntad, podríamos decir, con un término bien conocido entre nosotros– pasan a ser cuestión muy relevante. Se explica que la ley impone deberes para garantizar la formación libre de la persona con discapacidad (lo que no deja de recordar a la idea anglosajona de prestar atención a si se tiene o no acceso a consejo independiente) pero que, con todo, la idea de «influencia indebida» no coincide con la idea anglosajona de la *undue influence*, sino que más bien se trata –en opinión del autor– de uno de los *términos jurídicos indeterminados* que el legislador utiliza. En efecto, se explica bien en el libro que la figura de la «influencia indebida» no alude en la mencionada ley a un vicio de la voluntad ni a una figura rescisoria, que no hay una consecuencia jurídica clara cuando aparecen problemas con esa *influencia* y que, en cualquier caso, no aparecen por ningún lado los requisitos que se exigen en la auténtica *undue influence* de los anglosajones.

El capítulo 6 se centra en la aparición o influencia de la figura en los textos recientes de *soft law* y en las propuestas de reforma de nuestro propio Código Civil, señalando siempre los distintos enfoques posibles, entre lo que es un vicio de la voluntad y los remedios que se fijan en el resultado más o menos justo del intercambio entre las partes.

2. Respecto a las observaciones más de fondo, voy a recoger ahora algunos puntos en los que mi acuerdo con el autor es completo y sobre los que me gustaría proponerle alguna observación complementaria, para seguir luego con algunos otros en los que mi opinión es más bien crítica.

Desde el primer punto de vista, destacaría que el autor deja claro que la figura inglesa de la *undue influence* ha de manejarse con cautela, puesto que la expresión «influencia indebida» que literalmente la traduce ha sido empleada en nuestro Derecho con significados muy variados. Desde un sentido muy próximo a la figura inglesa de la *undue influence* que –como hemos visto– maneja el Fuero Nuevo desde 2019, hasta un sentido muy amplio, diferente y vago que se emplea en la también citada 29/2009 de 30 de diciembre sobre competencia desleal y publicidad. Por ello, es muy de agradecer la propuesta del autor de emplear el término –quizá menos intuitivo, pero unívoco– de «aprovechamiento injustificado» para referirse a la figura inglesa de la *undue influence*.

El planteamiento anterior permite al libro dejar clara la diferencia que hay entre dos figuras que son muy distintas y explicar, por otro lado, que es desaconsejable seguir la línea de algunos sistemas o doctrinas que intentan superar esa distinción por medio de su refundición en una única figura. El autor demuestra así, que es incorrecto tratar de combinar la figura de la *undue influence*, que es una figura de vicio de la voluntad que –por tanto– responde lo que se ha llamado *justicia procedimental* (el resultado del acuerdo entre las partes es correcto, si correcto ha sido el procedimiento por medio del que



se ha formado: *volenti iniuria non fit*), con las ideas que subyacen en otras figuras de reciente aparición en algunos Códigos, propuestas y textos de *soft law* relacionadas con la justicia material del intercambio (figuras relacionadas con la rescisión por lesión, la usura en sentido amplio, la ventaja excesiva o el grave desequilibrio del intercambio entre las partes).

Con total claridad, el autor destaca que una cosa es que la obtención de una ventaja inusual pueda ser examinada como cuestión relevante en una figura que permite impugnar un contrato, pero que es otra cosa muy distinta que la figura, como tal, responda a la necesidad de corregir un desequilibrio contractual en sí. Tropezar en esta piedra es lo que permite meter en el mismo saco las figuras de vicios de la voluntad y las figuras basadas en la justicia material del intercambio que hemos mencionado en el párrafo anterior. Así, queda claro en el libro que en la *undue influence* se puede examinar si la operación impugnada es muy desventajosa para la víctima o es exageradamente ventajosa para la otra parte. Ese examen se hace para determinar si se cumple con uno de los requisitos de la *undue influence* inglesa que consiste en preguntarse si la operación impugnada «requiere una explicación»; examinar esa cuestión es lo que permite concluir que, si la operación no se explica por alguna razón plausible, la única posibilidad restante –como diría S. Holmes– tiene que ser la verdadera: en el caso, la voluntad de la víctima ha sido captada por la otra parte. Pero lo que me interesa destacar es que, sea esto como sea, el autor deja claro que el carácter materialmente injusto del contrato celebrado no es la razón por la que el contrato es anulable y tampoco es la razón que explica la *undue influence*. Algo parecido sucede en algunos casos de la llamada intimidación económica (*economic duress*): el carácter materialmente injusto del intercambio es indicio de que la voluntad de la víctima fue arrancada mediante amenazas, pero la figura no se acerca por ello a la idea de rescisión por lesión, lo que es aquí especialmente claro si –como señaló Fernando Pantaleón hace algún tiempo– el asunto se ve desde el punto de vista de la alteración de la base del negocio que se amenaza con incumplir. Detenerse en este requisito del intercambio injusto, que es lo que llama más la atención en una primera aproximación a estos casos, es cierto que puede dar una sensación de facilidad y alivio, pero abre la puerta a planteamientos que son heterodoxos en el Derecho privado tradicional.

El libro demuestra que también entre nosotros se han dado casos similares a los que en el Derecho inglés se solucionan con la doctrina de la *undue influence* y que, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esos casos se realiza sin demasiados problemas por medio de una idea amplia de dolo y por medio de la intimidación. Recuerda el profesor Infante que esa idea amplia de dolo había sido sugerida ya por don Federico de Castro, de manera que el dolo no incluiría solo los casos de manipulación de información para lograr el consentimiento de la víctima, sino que también incluiría maniobras de otro tipo para obtener una «captación ilícita de la voluntad», en expresión de A. M. Morales Moreno que recoge pertinentemente el autor. Además del dolo y de la violencia o intimidación, también se han intentado en España otras vías que no han dado tanto juego por el momento (ilicitud de la causa). El libro contiene un exhaustivo estudio jurisprudencial sobre este punto que es muy de agradecer.

En la exposición del Derecho inglés que se hace en el libro sobre la *undue influence*, se pueden ver algunos casos interesantes –menos frecuentes en nuestra práctica–, como son los casos de garantías prestadas por familiares y amigos del deudor que se impugnan luego por el garante sobre la base de la captación de su voluntad y, por otro lado, algunos casos relacionados con

donaciones entre parientes cuya voluntariedad también se pone en cuestión. Esta desarrollada experiencia jurisprudencial inglesa plantea el desafío de estudiar cómo se resolverían esos casos entre nosotros.

Frente a algunas descripciones más esquemáticas del sistema de Derecho civil continental que se encuentra en las opiniones de algunos comparatistas citados en el libro (Zweigert/Kötz, Cartwright), el libro aclara convenientemente en el capítulo correspondiente al Derecho español que también entre nuestros autores más respetados está presente la visión de los vicios de la voluntad, no tanto como problemas de pureza de la voluntad en sentido estricto –como se plantearían las cosas en tiempos del dogma de la autonomía de la voluntad–, sino como soluciones a situaciones de conflicto entre las partes. Ese punto de vista permite sin mayor problema atender a los dos lados del conflicto entre las partes.

Ya hemos recogido la muy extendida idea de que la *undue influence* aparece históricamente en los tribunales de *equity* como reacción al carácter muy exigente de los requisitos necesarios para apreciar la concurrencia de violencia/intimidación (*duress*) en el *common law* de Inglaterra y Gales. En este sentido, es muy impresionante el dato señalado por el autor de que, hasta la década de 1970, los tribunales ingleses utilizaban un concepto de *duress* tan exigente que solo se daba relevancia a las amenazas dirigidas contra la persona o bienes (propiedades) de la víctima. Con todo, lo cierto es que esa situación representaba históricamente un progreso respecto de situaciones anteriores en las que solo ciertas amenazas especialmente graves dirigidas contra la persona de la víctima eran tenidas en cuenta<sup>2</sup>. De esa manera, la amenaza de ser apaleado no era relevante para anular un contrato y, lógicamente, tampoco lo era la amenaza dirigida contra las propiedades de la víctima. Paulatinamente, se admitió este último caso, a través de la llamada *duress of goods*, y se fue ampliando así el campo de aplicación de esta figura, en detrimento del campo ocupado hasta entonces por la *undue influence*. Desde ese punto de vista, está claro –y el libro recoge la idea– que la relajación de los requisitos de la *duress* ha llevado a que ésta ocupe parte del espacio en el que la *undue influence* había proliferado hasta ese momento. Es una pena que el estudio se centre en el *common law* de Inglaterra y Gales, puesto que ese proceso ha sido más completo en el *common law* estadounidense al que el libro apenas presta atención y ofrece interesantes desarrollos que son envidiados en secreto por la mejor doctrina inglesa.

3. Hasta aquí, he destacado los puntos que me parecen básicos de este libro y en los que comparto la opinión del autor. En otros puntos, sin embargo, el libro me sugiere algunos comentarios más bien críticos y mantengo algunas reservas para con algunas decisiones tomadas por el autor al escribirlo.

Es cierto que el libro describe bien, ya lo he destacado, cómo la *undue influence* se desarrolla para ocupar el espacio que dejaba libre la muy rigurosa visión de la *duress* existente en *common law*. Bien está que en ese sistema la figura pueda, entonces, entenderse como un necesario complemento de la *duress* y que su desarrollo se pueda ver con buenos ojos y como un progreso

---

<sup>2</sup> Según Lord Coke, que escribía en el s. XVIII, la víctima podía anular el contrato (a) por temor a perder la vida, (b) por temor a perder un miembro, (c) por temor a sufrir grandes lesiones (que le incapacitarían para guerrear) y (d) por temor a ser encerrado. No podía impugnar el contrato, pues, por el temor a ser apaleado o por el temor a que incendiasen su casa. Véase la cita exacta en DEL OLMO GARCÍA, *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, 2003, p. 16.

del Derecho. Sin embargo, esa visión favorable a la figura que se puede explicar en Derecho inglés no parece que pueda admitirse sin cuestión en nuestro propio Derecho. ¿Es realmente necesario abrir las puertas de nuestro Derecho privado a esta figura, cuando el problema de partida –la rigidez de la *duress*– no se da entre nosotros y la figura amplia del dolo puede ofrecer un tratamiento razonable de los casos problemáticos? ¿No es cierto que la jurisprudencia demuestra que no tenemos problemas de rigidez similares a los que sirvieron de base para el nacimiento de la *undue influence*?

Lo anterior nos recuerda –por si hiciera falta– que cada sistema tiene sus propios mecanismos de evolución y de reacción ante las dificultades que le plantea la evolución de la realidad. La flexibilidad del dolo en nuestro Derecho es uno de los mecanismos que han permitido cubrir la mayor parte de los supuestos que en Inglaterra se encauzan a través de la *undue influence*. Esto es fácil de entender si se destaca que, de los dos elementos de la intimidación como vicio de la voluntad («amenaza ilícita» + «que deja a la otra parte sin otra alternativa razonable que consentir»), la ilicitud es una característica que esa figura comparte con el dolo. Por ello, en casos en los que no está del todo claro que se pueda reunir el segundo requisito de la intimidación porque sea difícil probar que la víctima realmente no tenía escapatoria –decisión tomada en un *estado de necesidad*, que también así puede ser formulado este segundo requisito–, es lógico que el elemento ilicitud que también está presente en el dolo cobre protagonismo. Las dificultades con este segundo requisito de la amenaza no es un problema serio para los jueces españoles –que siempre pueden recurrir al dolo–, mientras que esas dificultades son las que han llevado a los jueces británicos a desarrollar históricamente la *undue influence*. Surgiría, entonces, la pregunta o la curiosidad acerca del tratamiento del dolo en sentido amplio en *common law* y si su ausencia permitiría explicar la decisión adoptada por los jueces anglosajones de desarrollar la tan citada *undue influence*. Pero no hay respuesta para esta inquietud ni en la jurisprudencia ni en la doctrina que se maneja en el libro, que –sin embargo– sí da algunas líneas básicas sobre el papel de la *unconscionability* en este terreno.

Otro mecanismo con el que tradicionalmente se ha modulado el rigor de los vicios de la voluntad es el ajustar el modelo de la persona que lo sufre: no es lo mismo aplicar el módulo del *constantissimus vir* del que hablaban los romanos, que era casi un súper-héroe, para medir si una amenaza era capaz de influir relevantemente en el ánimo de un contratante, que aplicar el módulo tradicional entre nosotros de una persona media atendiendo a la edad, sexo y condición del afectado (cfr. art. 1267. III CC, que ordena atender a la «edad y condición» de la persona amenazada para apreciar la capacidad de influencia de las presiones ejercidas sobre ella). Este elemento o resorte está presente en nuestro Derecho y en los Derechos de nuestra tradición, pero tampoco es especialmente mencionado o tratado por la jurisprudencia inglesa que se resume en el libro.

La facilidad con que se admite entre nosotros –y en muchos de los sistemas de Derecho civil continental de tradición francesa– la relevancia de las amenazas tácitas parece que apunta también a cuestionarse el papel que pueda jugar la *undue influence* en nuestros sistemas. Algunos de los ejemplos de la jurisprudencia inglesa que se recogen en el libro, precisamente, destacan cómo la *undue influence* ha servido de cauce para situaciones en las que la víctima estaba sometida a un estado de dominación (por ejemplo, una esposa bajo el ambiente de desprecio y de maltrato creado por su marido) de la que solo podía escapar prestando su consentimiento al contrato de garantía

que se le exigía. Una situación que recuerda mucho al estado de necesidad desde el que se decide en casos de intimidación y que, como tal, se han abordado en nuestra doctrina sin especial dificultad. De hecho, el autor señala, como ya hemos mencionado, que la intimidación es el cauce que ofrece el Derecho español para dar respuesta a la «influencia indebida» regulada en la Ley 29/2009 de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

El libro se detiene a explicar con atención la experiencia inglesa con la *undue influence* sobre la ficción de que el deudor actúa como agente del acreedor para captar la voluntad de quien da al segundo garantía sobre lo que el primero debe. Por medio de esa ficción, se ha logrado en Inglaterra que el acreedor tenga que soportar la anulación de la garantía bajo una lógica de responsabilidad vicaria (el principal, el acreedor, es considerado co-responsable de lo hecho por su *agente*, familiar o amigo del garante, que le había presionado para que otorgara garantía a su favor). Sin embargo, esa manera de entender la *undue influence* en Derecho inglés parece indiferente en nuestro Derecho, al menos desde el punto de vista de la *violencia/intimidación*, puesto que la relevancia de la amenaza proveniente de un tercero está clara entre nosotros ya en los textos legales: el art. 1268 CC dice que «la violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en el contrato». Es cierto que el dolo de tercero no es igualmente relevante, como ha recordado recientemente Jesús Alfaro, pero en cualquier caso la jurisprudencia y doctrina que se recogen en el libro tampoco permiten salir de dudas sobre este asunto.

4. Como digo, he leído con gusto «El *aprovechamiento injustificado* como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la *undue influence* del Derecho inglés». El resultado final ha sido satisfactorio para mí: estoy de acuerdo con lo que creo que son los puntos básicos sobre los que descansa el trabajo y, además, las preguntas e inquietudes que he recogido en los párrafos finales de esta recensión seguro que me darán la ocasión de seguir discutiendo amigablemente con Fran Infante.

Pedro DEL OLMO GARCÍA  
Profesor titular de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

**VERDERA SERVER, Rafael: *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, 521 pp.\***

En un corto periodo de tiempo la «Fundación Notariado» ha estrenado su nueva colección de monografías titulada *Panorama de Derecho Civil* con dos valiosas publicaciones de Derecho sucesorio. Hay que congratularse con la nueva iniciativa editorial y con que haya comenzado dando a conocer estas obras, si tenemos en cuenta que la materia hereditaria está muy necesitada de

---

\* Esta recensión es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033; así como del Proyecto I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020 «Reforma del Derecho de sucesiones: legítimas, liquidación de deudas, herencia digital, y discapacidad» (US-1381625).

contribuciones de calidad. La amistad entre los autores, por otra parte, ha permitido la comunicación y el diálogo entre ellos en la fase de elaboración de sus respectivos estudios, lo cual ha sido muy fructífero por tener ambas monografías muy distinto planteamiento, enfoque y conclusiones, pero un objeto parcialmente común. Habiendo ya dedicado mi atención a la primera de ellas, de la que es autor Tomás Rubio Garrido, me centro en estas páginas en la segunda: una obra bien trabajada –como todas las de su autor–, de mucha enjundia, interdisciplinar, construida a partir de datos muy interesantes de orden estadístico, sociológico y jurídico, incluso de otras disciplinas distintas del Derecho civil, por ejemplo, la fiscalidad, y cuyo objetivo es analizar minuciosa y exhaustivamente, a través de una doctrina cuidadosamente seleccionada y geográficamente variada, muchos, o virtualmente todos, los argumentos sobre el sempiterno debate acerca de las legítimas. Es un acierto del profesor Verdera, coherente con su sólida y admirable trayectoria como civilista, hacer pensar a fondo al lector, pese a que su principal tesis se encuentre claramente reflejada en el combativo título de la obra e influya en toda ella; pues, en contrapartida, ofrece rigurosa e imparcialmente un elenco enorme de argumentos que pueden jugar tanto a favor como en contra de las legítimas. Mi pasión por el tema explica que la voz del censor aparezca en estas páginas más de lo que *a priori* hubiera deseado, si bien lo entiendo justificado como un modo de aceptar la permanente invitación al diálogo que brilla en el libro, así como su honradez intelectual. Espero que quien me vea disentir de la tesis fundamental de la obra no pierda la visión objetiva sobre ella, lo que no sería mi intención, pero reconozco que es un peligro.

La introducción de la monografía define perfectamente que su pretensión principal ha sido analizar el fundamento y la función de las legítimas en el sistema sucesorio: por qué existen y, como consecuencia, si deben seguir existiendo. ¿No será su mantenimiento, se pregunta Verdera, un simple fruto de la inercia y de la tradición histórica, o, por el contrario, las razones que las justificaron en su momento siguen vigentes hoy en día? Es un riesgo asumido conscientemente por el autor que el título del libro, tan militante, no permita al lector partir del estado de duda que requeriría la contestación de estas preguntas, puesto que ya sabe cuál va a ser la respuesta de la obra; pero que nadie se llame a engaño: si el título puede parecer un tanto agresivo, el desarrollo del escrito hace gala de todo lo contrario: una gran ponderación que permite al lector gozar de una gran libertad de juicio y llegar, con los datos aportados por él, a conclusiones muy diversas.

La inercia en el mantenimiento de las legítimas puede proceder, pienso, de algo que el autor explica muy bien: que la inmensa mayoría de los testadores suelen ser más generosos que el legislador con sus legitimarios; lo que sucede, en cambio, en menor medida en el caso, también recordado en la obra, de los causantes que tienen hijos fruto de diferentes uniones (precisamente el supuesto que las fuentes romanas explican como fundamento de su introducción). Es verdad que, como apunta el Profesor Verdera, quizá el primer hecho puede estar influido no solo por la sustancial aceptación social de las legítimas, sino por el impuesto sucesorio, que proporciona evidentes incentivos para que las atribuciones hereditarias beneficien a los familiares más próximos del causante y no a los extraños o a los familiares más lejanos. El testador, en esas condiciones, sabe a qué atenerse: si decide instituir a personas extrañas, la carga fiscal que deberán soportar será mayor, lo que le puede disuadir de hacerlo.

Entiende Rafael Verdura que cada sistema legitimario presentará un fundamento y una función propias, y explica que él ha partido para explicarlos de la regulación sucesoria del Código Civil español. No obstante, también reconoce que el tratamiento realizado sobre el mismo ha sido superficial y selectivo, porque finalmente el argumento que considera decisivo *contra la legítima* sería generalizable, con independencia del concreto sistema sucesorio que se contemple. Así lo es porque su toma de posición es clara en contra de toda forma de legítima, lo que hace innecesario conocer los matices de un ordenamiento u otro. A este respecto, por ejemplo, la obra profundiza poco en la mejora y otros medios flexibilizadores de las legítimas, y esta decisión metodológica quizá sea la adecuada si se propugna la absoluta supresión de las legítimas, como es el caso. Aunque ello lleva consigo, para el lector que considera admisibles las legítimas, que la fuerza de convicción de los argumentos favorables a una mayor libertad de testar quede sensiblemente debilitada, porque no pocas veces han sido expresados por quienes están estudiando ordenamientos que carecen de la facultad de mejorar. Por eso, también, si se estimara más conveniente retocar solamente algún aspecto técnico de nuestro régimen jurídico o alguna cuestión de detalle, la función flexibilizadora del sistema legitimario que desempeña la mejora, y las combinaciones sucesorias que propicia, deberían ser ponderadas cuidadosamente.

Pienso no equivocarme si la sustancia del análisis que hace el autor de los argumentos a favor y en contra la legítima arranca de dos preguntas fundamentales: en primer lugar, si las nuevas estructuras político-sociales y familiares se acomodan bien a las legítimas o más bien exigen el ajuste de estas a la realidad de aquellas. En segundo lugar, si las funciones que tradicionalmente asumía la familia respecto de sus miembros no es preferible que sean desarrolladas por mecanismos públicos de protección social, lo cual dejaría sin sentido el recurso a la familia, o al menos invertiría la relación de principal y subsidiaria entre los apoyos familiares y las prestaciones públicas de protección social.

En relación con la primera cuestión, afirma el profesor Verdura que las legítimas en el Código Civil tuvieron una conexión con la ideología de la burguesía y que en línea con ella pretendieron alcanzar una serie de efectos: entre otros, debilitar el poder de la aristocracia terrateniente, forzando la división de su patrimonio; impedir que el causante privara de derechos sucesorios a los miembros de su familia matrimonial, en beneficio de hijos extramatrimoniales o de parejas de hecho; y consolidar una clase social de propietarios que se opusiera a las ideas socialistas. Afirma el autor que estas funciones han perdido totalmente su sentido, son ideas sin sustento social, y que eso implica que las legítimas resultan hoy anacrónicas. Cabría naturalmente observar que algunas de estas acusaciones a la legítima no hacen justicia a su realidad actual; por ejemplo, los hijos extramatrimoniales son tan legitimarios como los matrimoniales desde la entrada en vigor de la Constitución. O, también, que la legítima conyugal decae hoy ante cualquier situación de crisis que ocasione una separación de hecho.

Por otra parte, a mi juicio, quizá hubiese sido más provechoso que la justificación y fundamento de las legítimas se hubiese abordado, aunque fuera sintéticamente, desde su aparición histórica y no solamente desde la Codificación. El autor explica que la necesidad de contextualizar las instituciones y la dificultad de proyectar los factores sociales, económicos y familiares del Antiguo Régimen a las etapas posteriores justifican esa decisión metodológica. Estoy de acuerdo con ello si se tratara de hacer un examen exhaustivo de la evolución histórica de la institución, pero entiendo que no se trataría de

eso, sino de preguntarse porqué, unos sistemas que apreciaron tanto la libertad de testar como fueron el romano y el del Derecho común propiciaron la introducción, el desarrollo y el mantenimiento de las legítimas. Cabría entonces preguntarse en qué medida puede hablarse de fines puramente ideológicos en una institución con una historia tan larga y rica, que le permitió ser aplicada a contextos sociales y familiares relativamente diversos.

En definitiva, es probable que lo que nos enseña la historia de las legítimas, o de los expedientes parecidos de tipo alimenticio, es que surgen en los variados sistemas de libertad de testar, como reacción a los abusos o como medio de subsvenir a necesidades de las personas sobre las que el causante tiene una responsabilidad familiar o afectiva: así ha sucedido, por ejemplo, en el Derecho romano, en los sistemas de libertad de testar que introdujeron a lo largo del siglo XX las *family provisions* y en el Derecho navarro con la regulación del derecho de alimentos en su última reforma. Todos estos datos apuntan en la misma dirección: la necesidad de establecer contrapesos a la libertad de testar. Así nos lo explica hoy con gran claridad la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo: «también la situación de necesidad el fundamento que ha llevado a introducir en materia sucesoria un nuevo capítulo, dentro de las limitaciones a la libertad de disponer, para procurar la protección de los hijos y descendientes con necesidades básicas. Y así, se reconoce legalmente un derecho de alimentos para aquellos que se encuentren en situación legal de reclamarlos tras la muerte del progenitor obligado a su prestación y que comprende a todos ellos, es decir, tanto matrimoniales como no matrimoniales, así como de cualquiera de las sucesivas uniones e, incluso, cuando todos ellos tengan su origen en una única unión, aplicándose así con independencia de nuevas uniones y evitando cualquier discriminación». El propio autor, al manifestarse netamente favorable a la derogación del sistema de legítimas, considera, en la misma línea, que no es razonable que el alimentista vea modificados sus derechos por la muerte del alimentante como sucede actualmente, y que no se puede desdénar que sea preciso introducir en la ley un mecanismo alimenticio con ocasión de la sucesión, si bien no precisa más en qué líneas deberían moverse estos desarrollos normativos. Pero obviamente queda claro que propugna establecer un contrapeso a la libertad de testar de origen legal, pero de apreciación judicial y casuística.

Quizá esta repetida constatación, apreciada en la historia y en la propia actualidad doctrinal, pone en cuestión en qué medida es cierto que la libertad de testar no esté siendo empleada por los testadores, en aquellos sistemas que no reconocen las legítimas, para excluir de su sucesión a sus familiares más próximos o para atribuir la herencia a cazadores de fortunas, pues cabalmente parece que la evolución normativa que presentan muchos sistemas de libertad de testar apunta, precisamente, a lo contrario: la necesidad de establecer cautelas que prevengan ciertos excesos en el uso de la libertad.

La obra explica muy bien, que el sistema de legítimas tiene fundamentalmente la función de prevenir los abusos, aunque estadísticamente sean escasos. Si unimos este dato con otro hecho que el propio autor expone, como es que la mayoría de los testadores sea cual sea el sistema legal al que están sometidos, suelen hacer testamento a favor de sus familiares más próximos, se podría llegar a concluir que las legítimas seguirían siendo interesantes de mantener porque, sin un sacrificio especialmente importante para la mayoría, permiten prevenir los excepcionales excesos, con un mecanismo relativamente simple (mucho más que el de las casuísticas atribuciones alimenticias). Ese

es precisamente el rasgo diferencial de las legítimas si se las compara con los sistemas de libertad absoluta de testar, que, sin aportar un beneficio apreciable para la mayoría, que va a seguir testando como ya lo hace, desconocen la posibilidad legal de reprimir abusos especialmente reprobables, y que, cuando introducen mecanismos para atender necesidades familiares, lo hacen con uno que resulta complejo de aplicar, casuístico y que hace mucho más incierta e imprevisible la aplicación de la voluntad del testador. Por eso, aunque el autor recomiende redactar las normas sin fijarse en los supuestos excepcionales ni en los patológicos, entiendo que ese particular consejo no debiera ser atendido: en cuanto más patológicas, excepcionales y escabrosas fueran las hipotéticas desviaciones que pudiera cometer un testador, más justificada estaría una prudente restricción legal de la libertad de testar. Porque no es que el sistema de legítimas parta de la desconfianza hacia los causantes en general, pues estos demuestran sobradamente que se puede confiar en ellos, sino que pretende proteger a determinados familiares de los posibles abusos que se presentan excepcionalmente. Es esta, si se reflexiona, la función general del Derecho privado: servir de dique a la libertad de los particulares cuando esta se excede de lo que es socialmente admisible; actuando de este modo el Derecho permite que la libertad de la mayoría se despliegue con seguridad y con justicia: la libertad queda así ajustada y se desarrolla en armonía con los principios de la comunidad y no se resuelve en el mero individualismo.

Llega el momento de analizar el plano político del Derecho de sucesiones descrito en la presente monografía. Para el autor, en el siglo XIX este sector del sistema civil fue «utilizado como un instrumento para transformar la sociedad», por la razón de que «la herencia influía en el ejercicio del poder político, en la concentración o en la fragmentación de la riqueza, en la igualdad o en la desigualdad de los ciudadanos». En cambio, en la actualidad, no cabe asignar al régimen de las sucesiones «una finalidad de cambio en las estructuras sociales, sino más bien la contraria: de modo preponderante, a través de la herencia (entendida en sentido amplio) se mantienen las estructuras sociales preexistentes». Entiendo, pues, que el autor sigue propugnando como deseable una revisión del derecho sucesorio que lo haga política y socialmente más relevante.

A mi juicio, en principio está claro que la redistribución de la riqueza mediante las legítimas recortará los supuestos de acumulación de la herencia en las mismas manos, al imponer su división con relativa igualdad: pero, si las legítimas estuvieron en condiciones de hacerlo en el siglo XIX, nada impide que lo sigan haciendo hoy, aunque hubieran quedado desligadas de una influencia tan relevante en el ámbito político como entonces. Es verdad que el autor demuestra incontestablemente que en el futuro inmediato crecerán los supuestos de herencias con muy pocos legitimarios, y que ello hará que resulte más improbable que la sucesión determine de manera legalmente necesaria una gran fragmentación del patrimonio hereditario. Ahora bien, tampoco resulta claro, que la libertad de testar propicie la mejor distribución, pues ni garantiza de suyo que en los supuestos en que exista un único legitimario se vaya a emplear en fragmentar la herencia, mientras que cuando existan más legitimarios, ese cambio legal podría impedir la fragmentación que legalmente impone hoy el sistema legitimario. No resulta intuitivo entender, por tanto, que la libertad de testar por sí misma considerada pueda ofrecer resultados apreciables en cuanto a lo que el autor llama «las estructuras sociales». Quedarían, pues, algunas preguntas por hacerse en este ámbito: ¿por qué para el autor la derogación del sistema de legítimas mejoraría las



estructuras sociales? Si, como parece, esa derogación no tiene esa fuerza; entonces, ¿en qué sentido deberían moverse las reformas sucesorias para lograr ese pretendido objetivo? ¿Qué función propugna el autor para el derecho sucesorio en orden a la transformación de estas estructuras sociales?

Estas preguntas están relacionadas con el papel asistencial de las familias que permitirían desarrollar las legítimas y su actual confrontación con el desarrollo de las prestaciones públicas. El profesor Verdura constata que «los mecanismos del estado de bienestar asumen en la actualidad buena parte de las funciones (educativa, asistencial, etc.) que tradicionalmente correspondían a las familias». Y me parece que se inclina por entender preferente esta cobertura pública a la cobertura familiar, lo que acaso no se acaba de compaginar bien con la defensa de la libertad como fundamento de su tesis *contra la legítima*, y tampoco con la supresión del impuesto sucesorio, pues el incremento y mantenimiento de las prestaciones públicas requieren una alta financiación que habrá de concretarse en una mayor carga impositiva. Es verdad que el autor expresamente dice mantenerse como espectador en cuanto al debate fiscal sobre el impuesto sucesorio, pero apunta la conveniencia de que los condicionantes fiscales no influyan en las disposiciones del testador, como lo hacen hoy, y menciona también que el modo más sencillo de hacerlo es la supresión del impuesto de sucesiones.

En mi opinión, pues, no quedan completamente respondidas las preguntas acerca de la función que deba tener el derecho sucesorio en cuanto a la transformación de las actuales estructuras sociales. Sin duda son cuestiones interesantes que merecerían un desarrollo ulterior.

Los aspectos constitucionales de la sucesión legitimaria, que estudia el capítulo segundo, no aportan argumentos decisivos ni en favor ni en contra de las legítimas, lo que no significa que estemos ante un capítulo prescindible; todo lo contrario, a mi juicio es extremadamente interesante de leer. Resulta todo un acierto, por ejemplo, el apartado dedicado al planteamiento constitucional alemán, que incluye una traducción íntegra de los argumentos de la célebre Sentencia de 19 de abril de 2005, llena de ideas estimables sobre el fundamento de las legítimas que mueven a la reflexión, porque lo conectan con su *ratio* histórica, aunque finalmente no sean suficientes para afirmar que la Constitución imponga límites al legislador en la regulación de esta materia. En concreto me refiero a estas ideas entresacadas del texto de la Sentencia traducido cuidadosamente por Verdura:

Primera, «Las características estructurales de la participación de los hijos en la herencia son expresión de una solidaridad familiar que existe entre el testador y sus hijos de manera fundamentalmente indisoluble»;

Segunda, «Es precisamente en los casos de distanciamiento entre el testador y sus hijos, o incluso de ruptura de esta relación, cuando el derecho a la legítima pone límites a la libertad de testamento del testador y a la posibilidad que se le abre de “castigar” a un hijo desheredándolo. Limita la libertad de decisión del testador en cuanto a la medida y el modo en que desea que sus hijos participen en su patrimonio. De este modo, el derecho a la legítima no excluye la desigualdad de trato de los hijos por parte del testador, pero sí relativiza esta posibilidad»;

Tercera, «Esta función del derecho a la legítima, que por un lado limita la libertad y por otro protege a la familia, es especialmente importante si hay hijos del testador de un matrimonio o relación anterior que a menudo no participarían en el patrimonio del testador sin un derecho a la legítima. Esto se aplica en particular a los hijos ilegítimos del padre».

Es verdad que se pueden apreciar limitaciones en estos argumentos, pero en su conjunto contienen ideas bastante apreciables para fundar la conveniencia de mantener las legítimas, aunque mucho menos para entender que ello sea un mandato derivado de la Constitución.

El capítulo tercero ofrece una visión breve de la regulación legitimaria de nuestro Código Civil, que presenta el acierto de referirse a la existencia de desarrollos del Derecho sucesorio al margen de los postulados normativos o como flexibilización de estos: en esa situación estarían las cautelas socinianas, muy utilizadas por los testadores para conseguir que la sucesión se acomode a sus deseos, por ejemplo, de mejorar la situación del cónyuge viudo. Verdadera considera que cabe cuestionarse hasta qué punto se respeta el sentido del art. 813.2 CC en muchos de los casos en que se utiliza la figura, que a su juicio suponen una auténtica corrección del Código Civil, lo cual es otra interesante idea que sería propicia para un desarrollo más extenso. Asimismo, juzga el autor que la reinterpretación de las causas de desheredación por obra de la jurisprudencia, de la que también trata en este capítulo, supone una auténtica alteración de la regulación del Código. *A priori* estaría más de acuerdo con lo segundo que con lo primero, pero no sería pertinente profundizar en ello en este momento, ya que tampoco el autor se extiende sobre este particular.

Finalmente, resulta interesante la explicación que se ofrece de la propuesta de Código Civil de la APDC en las últimas páginas del mismo capítulo.

En el extenso capítulo cuarto se ofrecen algunas claves de carácter sociológico y económico de la familia para tratar de valorar la coherencia de las normas relativas a la legítima con esas estructuras tal como hoy se presentan: esperanza de vida, tasa de fecundidad, edad en que se contrae matrimonio, número de matrimonios y de uniones de hecho, hijos matrimoniales y extra-matrimoniales, estructura de los hogares, etc. Un ejemplo de la trascendencia de estos datos demográficos estaría a que todo apunta a que en el futuro serán menos frecuentes las sucesiones en la que los hijos llamados a suceder al causante sean más de dos, o incluso abundarán aquellas en que sea una sola persona la que deba ser necesariamente destinataria de dos tercios de la herencia: ya he comentado antes la trascendencia que el autor otorga a este dato. Por otra parte, será también muy habitual que la sucesión se abra cuando los beneficiarios tienen más de cincuenta años. En otro ámbito, también se destaca que hoy en día «los potenciales causantes se sienten menos vinculados a la necesidad de destinar su patrimonio a sus familiares en la medida que su origen no se encuentra en su familia, sino en su propio esfuerzo y dedicación; y son más conscientes de la importancia de la formación que debe proporcionar a sus descendientes como mecanismo de consolidación social», mientras que cobran más importancia los mecanismos públicos de protección social de las familias sobre el sistema legitimario.

Es posible que, desde el punto de vista del mantenimiento sustancial de las legítimas, que es el mío, algunos de esos datos estadísticos y sociológicos merezcan una reflexión más detenida que otros: quizá la disminución del número de hijos sea el dato que más influencia tiene en el diseño de nuestro sistema, porque disminuye la flexibilidad que representa el uso por el testador del tercio de mejora. Por sí mismos, en cambio, otros factores como la elevación de la esperanza de vida, no creo que alcancen tanta importancia real en cuanto al diseño del sistema normativo, aunque sea evidente que influye en el potencial uso que se pueda hacer del patrimonio hereditario por los herederos. Entiendo que ese hecho no tiene especial trascendencia en cuanto al fundamento de las legítimas, pues se debe tener en cuenta en primer lugar un dato subrayado por el autor: el

espectacular aumento de la esperanza de vida en el arco del último siglo tiene una explicación fundamental, aunque no única, en la disminución de la mortalidad infantil. Pero, en segundo lugar, habría que demostrar que la menor esperanza de vida tomada en consideración por el legislador decimonónico implica necesariamente que la sucesión *mortis causa* que contempló cuando impuso las legítimas fuera siempre o prevalentemente la de personas jóvenes con hijos menores. Puede admitirse, quizá, que esos sean los casos más llamativos e importantes que justifican las legítimas, pero hay muchos testimonios en el propio Código Civil de que el legislador no está ciego para los casos de la sucesión de personas con nietos, o con hijos que ya han superado la minoridad, han contraído matrimonio, han recibido formación superior, etc. Por tanto, en nuestro Código no resulta esencial que existan necesidades alimenticias, o de crianza y educación de los herederos, aunque este pueda ser un elemento más de entre todos los que toma prudencialmente en consideración el legislador para conservar las legítimas.

Por otro lado, las necesidades alimenticias de los descendientes pueden seguir estando presentes hoy en un apreciable número de casos, pues la elevación de la esperanza de vida no logra eliminar el fallecimiento de personas jóvenes: bastaría examinar las estadísticas de fallecimientos por tramos de edad que ofrece el INE para constatar que no son pocos los casos de fallecimiento de personas en edad de tener hijos menores o en periodo de formación. Y, como dice el autor, está todavía por ver el impacto que pueda tener la crisis sanitaria del Covid en todos estos datos demográficos. En cualquier caso, ya sabemos que el Profesor Verdera considera que las legítimas nacen para casos excepcionales, y, se podría añadir que, para ellos, la estadística es una aproximación valiosa, pero no determinante. Casi lo único que implica una disminución estadística de los fallecimientos de personas jóvenes sería que la funcionalidad alimenticia de las legítimas por razón de la edad de los sucesores disminuiría su frecuencia, y que serían menos los más rechazables supuestos de abuso de la libertad de testar, aunque nada de esto desaparecería.

Para el autor, no obstante, la evolución de la familia desde estos planos estudiados en el capítulo apenas ha repercutido en el diseño de la sucesión legitimaria, cuando ésta debía ser una consecuencia de aquélla. Sin embargo, recuerda oportunamente que uno de los datos más llamativos, como es la elevación del porcentaje de hijos no matrimoniales, sí tuvo reflejo en la total equiparación entre los hijos, con independencia de su condición que introdujo la Constitución.

Los capítulos quinto, sexto y séptimo muestran algunos modelos de sistemas legitimarios: el de los derechos civiles autonómicos, entre los que destaca el interesante tratamiento del fracasado anteproyecto de ley valenciana de sucesiones, y el de Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos. En cuanto al caso valenciano, la lectura detenida del texto del anteproyecto y su pertinente y profunda explicación permite constatar la dificultad que tiene legislar en esta materia y hace plantearse muy en serio si los tiempos están maduros para emprender una reforma del Derecho de sucesiones que mejore sustancialmente el que tenemos. El autor explica que la precipitación de una decisión política anticipó la gestación del proyecto y perjudicó su coherencia; peligros, no obstante, que siguen presentes en la actualidad, y que son difíciles de evitar. Constituyen, a mi juicio, buenos argumentos para ser especialmente prudente a la hora de proponer reformas radicales.

El extenso capítulo octavo, a mi juicio uno de los mejores de la obra, se centra en el análisis de los fundamentos de la legítima, dando un repaso a los argumentos que sobre ellos se han ofrecido por autores de muy diversos sistemas

jurídicos: la familia, la solidaridad intergeneracional, la respuesta a situaciones de necesidad o la protección de ciertos colectivos, entre otros. Una característica de esta parte de la monografía que la hace especialmente recomendable es que se examinan con detenimiento y rigor los argumentos y los contraargumentos que unas y otras explicaciones presentan, sin que siquiera realice el autor, como en otros capítulos, un apartado específico de conclusiones, lo que entiendo que debe interpretarse no solo como un índice de la dificultad de resumir un capítulo tan denso y lleno de ideas sugerentes, sino también, quizá, como un deseo de no formular ideas demasiado sintéticas que pudieran ser utilizadas como eslóganes fáciles que evitaran que el lector pensara por su cuenta. Por otra parte, resulta también muy interesante que se constata en este capítulo la buena salud que el sistema de legítimas tiene en la percepción ciudadana.

Es preciso comentar aquí, precisamente en relación con los argumentos contra la legítima, que la obra comienza con un impactante epígrafe de García Goyena «[L]o que se debe exclusivamente a la ley no se agradece al hombre, y no quedaba estímulo para merecer por el cariño y solicitud lo que en ningún caso podía ser arrancado». Al leerlo me pregunté, y creo que es pregunta relevante en la economía de la obra: ¿Es esta la clave de explicación del vigoroso pronunciamiento de Rafel Verdera *contra la legítima*? Es posible que sí, aunque no estoy seguro que este argumento le merezca una adhesión muy entusiasta, pues entiendo que para él más bien brillan otros como principales. Lo que creo que resulta enriquecedor, en cualquier caso, es completar y contextualizar la cita: procede de las *Concordancias*, de su apéndice número 10, y su contexto es el de los debates acerca de cómo mejorar la posición jurídica del viudo en la sucesión. En concreto, la afirmación acabada de citar está realizada en relación con el usufructo vidual universal de Navarra y Aragón. Acto seguido a esas palabras, añade el jurista navarro para justificarse: «Aunque nacido en una provincia de Fueros y obligado por mi primer destino a defender sus leyes, jamás he podido conciliar la absoluta libertad del padre para desheredar a un hijo inocente con la imposibilidad del marido para privar del usufructo a una mujer que hubiera sido el baldón o amargura de toda su vida: lo mismo digo de la mujer respecto de su marido tirano o disipado». Por tanto, la convicción de García Goyena me parece ser, más que un argumento para la absoluta libertad de testar propugnada por Verdera, una idea que permite fundamentar un sistema de compromiso entre las legítimas y la libertad de testar, como era el recogido en el Proyecto de 1851 y en nuestro Código.

A mi parecer, este ejemplo explica muy bien algo que explica el autor: que los argumentos acerca de la legítima tienen cierto carácter reversible. La libertad es un principio muy convincente, compartido por muchos, incluso por los que propugnan, como García Goyena, el mantenimiento de las legítimas. Pero se trata de analizar qué límites a esa libertad resultan más razonables y en lo que discrepamos los autores tantas veces es en la elección de los medios más funcionales para ello.

El capítulo noveno, enormemente interesante también, se ocupa de subrayar las múltiples fórmulas que tiene a su disposición el legislador para diseñar el sistema legitimario (si asume su existencia). Es importante, según el autor, superar una visión simplificada de las legítimas que solo se fije en la determinación de quiénes son los legitimarios y en las cuantías de las cuotas: el margen de maniobra de que dispone el legislador es mucho más amplio y complejo, pues permite una intervención en muchas otras facetas de la regulación. De hecho, él va a proponer que los límites a la ensanchada libertad de testar que defiende provengan del sistema de los alimentos legales.

El capítulo décimo trata de ofrecer unas bases de reforma del sistema de legítimas siguiendo cuatro modelos muy generales, que el autor denomina: modelo sustancialmente conservador, que significaría el mantenimiento del actual sistema de legítimas del Código Civil español; modelo prudentemente reformador, que consistiría en su flexibilización; modelo profundamente reformador, que llevaría consigo caracterizar de un modo dispositivo y no imperativo el sistema vigente; y, finalmente, un modelo radicalmente rupturista, que implicaría la derogación del sistema de legítimas. Sobre cada uno de estos modelos se ofrecen reflexiones y argumentos, también algunos que se mueven en contra de las convicciones del autor, que ha optado claramente por el último modelo, si bien contrapesado por la eventual concesión de alimentos.

Así, sobre el mantenimiento del sistema actual se afirma que: «este enfoque encaja claramente con el argumento derivado de las convicciones sociales en orden a la aceptación del sistema actual: si una mayoría social se manifiesta conforme con ese sistema y se tienen en cuenta los costes de la inserción de cualquier cambio, lo prudente es no alterar el régimen vigente». Argumento, como se ve, bastante sólido, en contra de la opinión del autor, que no lo esconde, sino que se formula con bastante claridad.

En cuanto a la flexibilización de las legítimas, segundo modelo, afirma el Profesor Verdura que acaso suceda que, teniendo en cuenta la falta de acuerdo y la variedad de las posibles soluciones, esto constituya un freno para la adopción de alguna decisión concreta.

Si se caracterizara como dispositivo el sistema vigente, tercer modelo, el autor piensa que se produciría «un cambio profundo en el régimen legitimario», respetando a su vez «las convicciones sociales mayoritarias», pues este sistema «facilita la exclusión de ciertos legitimarios, pero impone al testador la carga de manifestarse en ese sentido». No obstante, entiende que esta tercera opción no es tan sencilla porque requiere además sopesar otros tres elementos del sistema como son «la liquidación del régimen económico-matrimonial y la articulación de los alimentos para dar respuesta a concretas situaciones de necesidad», así como una revisión del derecho testamentario para valorar «cuáles son las formas y los requisitos que puede adoptar aquella voluntad».

El capítulo undécimo, y final, es una aproximación a las reglas tributarias que gravan las sucesiones, y cómo pueden influir en el sistema legitimario: se recapitulan en él, y en algunos casos se desarrollan, ideas que ya han permeado el texto de la obra.

Al final de esta reseña ya es apreciable que son muchas las diferencias que me separan de las conclusiones de este libro y de algunos de sus argumentos fundamentales; a la vez, estoy convencido de su calidad científica y de su factura primorosa. Su lectura resulta imprescindible para quien quiera acercarse al debate actual sobre las legítimas con todos los datos en la mano: en los últimos tiempos han sido publicados diversos trabajos muy críticos con el sistema de legítimas, pero, a mi juicio, este los recapitula y supera en fuerza de convicción; en este sentido supone un acabado alegato *contra la legítima* que no puede ser ignorado en lo sucesivo, pues proporcionará infinidad de argumentos a quienes no la consideren la mejor solución. No es de extrañar, teniendo en cuenta las cualidades como jurista que atesora su autor, manifestadas en una obra científica muy amplia y sólida, y que se pueden admirar una vez más en esta.

Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Sevilla

## Revistas Extranjeras

**A cargo de: Ricardo PAZOS CASTRO (Profesor colaborador asistente. Universidad Pontificia Comillas de Madrid)**

**Colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid), Carlos CASTELLS SOMOZA (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma 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 Pavía [Italia]), Enrique GANDÍA PÉREZ (Profesor contratado doctor de Derecho mercantil. Universidad Autónoma de Madrid), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor titular 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. 7. Derecho de la competencia. Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

AA.VV.: «U. S. National Reports to the 2022 General Congress of the International Academy of Comparative Law in Asunción, Paraguay», *Am. J. Comp. L.*, 2022, vol. 70, supplement n.º 1, pp. i1-i394.

En este suplemento especial pueden encontrarse los informes estadounidenses resultantes del Congreso Internacional de la Academia Internacional de Derecho Comparado que se celebró en octubre de 2022 en Asunción (Paraguay). En el número, entre otras contribuciones, se encuentran trabajos sobre los sistemas mixtos (MORÉTEAU, O., MUÑIZ ARGÜELLES, L.: «Multicultural Populations and Mixed Legal Systems in the United States: Louisiana and Puerto Rico», pp. i1-i25), los nuevos desafíos jurídicos (KUBICA, M. L.: «Autonomous Vehicles and Liability», pp. i39-i69; BIGNAMI, F.: «Artificial Intelligence Accountability of Public Administration», pp. i312-i346) o temáticas más clásicas relativas a la fuerza mayor y a la *frustration* (PALMER, V. V.: «Excused Performances: Force Majeure, Impracticability, and Frustration of Contracts», pp. i70-i88) o también a la *rule of law* (STEAD SELLERS, M. N.: «The Rule of Law in the United States of America», pp. i26-i38). (A.F.)

BALGANESH, Sh.: «Relying on Restatements», *Colum. L. Rev.*, 2022, vol. 122, núm. 8, pp. 2119-2186.

El presente artículo es una propuesta de sistematización de los cánones de utilización y de las situaciones de tratamiento anómalo de los *Restatements* por parte de los Tribunales estadounidenses; instrumentos estos que, si bien tienen una autoridad indiscutible, técnicamente no son una fuente formal de Derecho. El estudio describe una variedad de técnicas que en su utilización conducen a una limitación, inconsciente, del poder que el mismo juez que ha decidido aplicar los *Restatements* tiene a la hora de dictar el pronunciamiento. (A.F.)

KADRI, Th.: «Juridical Discourse for Platforms», *Harv. L. Rev.*, 2022, vol. 136, núm. 2, pp. 163-204.

Si bien resulta evidente que será necesario abrir nuevos caminos para proceder a la regulación jurídica de las plataformas electrónicas, el trabajo se enfoca críticamente sobre el hecho de que algunas sociedades están realizando intentos de internalizar los eventuales conflictos e impulsan el discurso jurídico en beneficio propio. En este sentido, el autor aporta y analiza el ejemplo del fundador de Facebook, que parece haber creado su propio «Tribunal Supremo» para dirimir las controversias internas sobre la libertad de expresión en línea. (A.F.)

PITON, M.: «Quand l'ombre de Portalis met en lumière l'impératif de simplification normative», *SJ*, 2022, núm. 43-44, pp. 1977-1980.

Acta del coloquio del 14 de octubre de 2022 organizado por el Consejo de Estado y el Consejo Nacional de Evaluación de Normas. (R.A.R.)

ROUVIÈRE, F.: «Typologie des problèmes juridiques et argumentation», *RTDC*, 2022, núm. 3, pp. 559-574.

Problemas jurídicos en torno a la interpretación y argumentación de los diferentes problemas jurídicos que se presentan en el ámbito jurídico-civil. (R.A.R.)

## DERECHO DE LA PERSONA

AZZALINI, M.: «La “scala Shepard” del fine vita. La Consulta e l'impervia road map dell'aiuto nel morire, tra tutela della vita e diritto al proprio sé», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 421-438.

Comentario a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 15 de febrero de 2022, núm. 40/22, que declara inadmisibile la solicitud de referéndum popular para la legalización de la eutanasia mediante la derogación parcial del precepto penal que sanciona el homicidio consentido. El autor destaca de la sentencia la posibilidad de admitir la eutanasia en Italia, pero también que el protagonista en el procedimiento debe ser el legislador, y hace un llamamiento a su regulación como un aspecto más de la gestión del final de la vida. (C.C.S.)

BARBA, V.: «El art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1528-1562.

El autor realiza un estudio del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 centrado tanto en sus antecedentes históricos como en las claves principales de su interpretación de cara a su implementación en los ordenamientos de los Estados firmantes. En relación con lo segundo, desarrolla las principales modificaciones que el texto internacional introduce respecto del concepto mismo de discapacidad, así como en relación con el paso de un sistema de protección y sustitución de la persona con discapacidad a un sistema de apoyo. (A.M.M.)

BATTELLI, E.: «Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1096-1121.

Ante el previsible desarrollo futuro de la Inteligencia Artificial y sus múltiples potencialidades, que van a incidir en la sociedad y en las personas, se propugna una regulación de la materia que tome como punto central y referente al ser humano y a sus necesidades. Bajo esta perspectiva, se analizan las propuestas reguladoras que existen en el marco de la Unión Europea. (A.M.M.)

BENABOU, V.: «L'obligation de filtrage des contenus protégés mise à la charge des plateformes est validée», *SJ*, 2022, núm. 29-33, pp. 1469-1474.

La protección de determinadas personas hace necesario que las plataformas digitales deban filtrar contenidos protegidos para conocer su contenido a la autoridad. (R.A.R.)

BERNAND, Y.: «Le juge des enfants et l'argent des familles», *GP*, 2022, núm. 32, pp. 12-14.

Este estudio tiene por objeto comprender las funciones del juez de menores desde un punto de vista patrimonial, es decir, el «lado pila» de este magistrado bastante desconocido o no siempre invertido en la práctica. (R.A.R.)

BESSON, R.: «Quelle(s) définition(s) de l'intersexualité et quels impacts sur la déclaration à l'état civil ?», *SJ*, 2022, núm. 50-52, pp. 2304-2305.

La diversidad sexual ha generado graves problemas jurídicos, pero también a efectos de la declaración de tal estado en el ámbito del Registro Civil. ¿Cómo denominar el nuevo estado civil? (R.A.R.)

BEVIVINO, G.: «Situazioni giuridiche "soggettive" e forme di tutela delle intelligenze artificiali», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 899-908.

Breve ensayo sobre el futuro de las inteligencias artificiales desde una perspectiva jurídica. Se analiza el impacto que los desarrollos en este ámbito pueden tener sobre el concepto de personalidad, así como la posibilidad de atribuir derechos y obligaciones a aquellas inteligencias, con especial énfasis en la posibilidad de asignarles derechos de propiedad intelectual y en su posible responsabilidad por daños que puedan causar. (C.C.S.)



BRUTTI, N.: «L'attribuzione patrilineare del cognome: tra Italia e America Latina», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1117-1125.

Trabajo que analiza la atribución preferente del apellido paterno al materno en la filiación. El artículo resalta el carácter constitucional del derecho al nombre y examina la doctrina de la *Corte Costituzionale* al respecto, criticando que en sus pronunciamientos anteriores solo permitiera la imposición del apellido materno en caso de acuerdo de los progenitores y destacando la reciente declaración de inconstitucionalidad del artículo 237 del *Codice civile*, con la que se atribuye al Juez la decisión en caso de desacuerdo. El autor destaca la necesidad de intervención del legislador y de la Administración para establecer criterios al respecto, buscando ejemplos en la regulación española y de varios países latinoamericanos. (C.C.S.)

BUSATTA, L.: «Quasi “a portata di click”: accesso a SPID e amministrazione di sostegno», *NGCC*, 2021, núm. 6, pp. 1360-1366.

Comentario al decreto del Tribunal de Roma de 12 de abril de 2021, que analiza la solicitud de quien presta apoyos a una persona con discapacidad para solicitar su alta en el *Sistema Pubblico di Identità Digitale* (SPID), un servicio que permite a los ciudadanos italianos hacer diversas gestiones administrativas en línea. El tribunal detecta la falta de previsión de esta hipótesis por la normativa, por lo que deniega temporalmente la solicitud al tiempo que se dirige a la agencia pública competente para advertirle de este vacío normativo, que considera discriminatorio para las personas con discapacidad. (C.C.S.)

CAPPELLO, A.: «La construction progressive et discutible du fait justificatif relatif à la liberté d'expression par la Cour de cassation», *GP*, 2022, núm. 37, pp. 8-10.

El Tribunal de Casación parece consagrar desde hace algunos años un nuevo hecho eximente: la persona que ha cometido una infracción en el ejercicio de su libertad de expresión puede no ser penalmente responsable. Pero esta construcción jurisprudencial progresiva parece discutible tanto en su principio como en sus condiciones de aplicación. (R.A.R.)

CAREDDA, V.: «Campioni biologici e big data: l'evoluzione del consenso», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1061-1095.

Los avances tecnológicos y la irrupción de la informática en el procesamiento de datos introducen una serie de modificaciones y riesgos en el tratamiento de los datos personales que son examinados en este artículo. En concreto, se plantean los diversos problemas que surgen en el contexto del *Big data* y de la Inteligencia Artificial en relación con el tratamiento de los datos genéticos y de los datos biológicos en general. (A.M.M.)

CHECCHINI, B.: «“Vita familiare” vs “maternità surrogata”: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all'identità del nato?», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 396-408.

Comentario de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2021, recurso núm. 71552/17, que vuelve a pronunciarse sobre la gestación subrogada practicada en el extranjero en fraude de la prohibición del Derecho nacional. Según la autora, lo novedoso del caso es que, a pesar de no haber ningún vínculo genético entre la pareja y el hijo, el Tribunal

reconoce el derecho a la vida familiar de los tres, pese a lo cual concluye que el Estado islandés no ha violado la Convención porque aquel derecho puede equilibrarse con la protección de la legalidad nacional. (C.C.S.)

CIANCIMINO, M.: «I dati personali nelle Università. Considerazioni applicative in chiave critica», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1268-1309.

El artículo estudia la aplicación en el contexto universitario del Reglamento europeo sobre Protección de datos, proponiendo soluciones a los diversos problemas que se plantean fundadas en la realidad empírica de las distintas actividades desarrolladas en ese ámbito. (A.M.M.)

CINQUE, A.: «Privacy, big-data e contact tracing: il delicato equilibrio fra diritto alla riservatezza ed esigenze di tutela della salute», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 957-968.

Ensayo sobre el rastreo de contactos durante la pandemia de Covid-19 mediante el uso de nuevas tecnologías, sobre todo las aplicaciones móviles, que se señala como un punto de conflicto entre los derechos a la salud y a la intimidad, en particular desde la perspectiva de la protección de datos. El trabajo aborda la cuestión tanto desde la normativa internacional y europea como del Derecho italiano, analizando críticamente las medidas adoptadas por las autoridades italianas para conjugar ambos derechos, a la luz de los principios de minimización y precaución, y comparando la solución italiana con la de otros países, tanto de corte más represivo como más liberales. (C.C.S.)

D'ARIENZO, M.: «Il dibattito sul fine vita nei diritti religiosi», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1046-1060.

Sobre el presupuesto de que los conflictos bioéticos que genera el desarrollo científico y tecnológico deben ser considerados también a la luz de los valores éticos religiosos de la sociedad, la autora analiza las respuestas que se ofrecen desde las distintas confesiones religiosas cristianas a los problemas y al debate actualmente planteado en relación con el fin de la vida: el encarnizamiento terapéutico, el testamento vital y la eutanasia. (A.M.M.)

DELL' AVERSANA, F. C.: «I beni e le attività culturali come strumento di inclusione per le persone con disabilità», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1733-1747.

El trabajo se centra en la importancia de los bienes culturales no solo para la sociedad, sino también para los individuos que la conforman. Por este motivo, el autor propugna la garantía del acceso y disfrute de tales bienes para todo sujeto, sin distinción por razón de sus condiciones personales. (A.M.M.)

DELLA GIUSTINA, C., DE GIOIA CARABELLESE, P.: «La crioconservazione umana verso il mercato non-regolamentato della vita. Una analisi giuridica ed "economica" fra Italia e sistema legislativo britannico», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1792-1821.

Los autores analizan los problemas jurídicos que presenta la crioconservación, tanto en la etapa inicial de la vida como en su etapa final. El estudio se desarrolla a partir del examen de la jurisprudencia italiana sobre embriones crioconservados y fecundación *post mortem*, así como de la normativa del Reino Unido en relación con la crioconservación humana. (A.M.M.)

DURANTE, V.: «Volontà presunta e *best interests* del paziente in stato vegetativo permanente», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 824-836.

Con ocasión del decreto del Tribunal de Roma de 22 de enero de 2021, en este comentario se analiza la posibilidad de que quien presta apoyos a una persona con discapacidad rehúse en su nombre tratamientos médicos de soporte vital. Tal facultad puede ser conferida por la propia persona asistida, al conferir poderes preventivos de representación, o por el Juez, pero en todo caso deberá ejercitarse en su mejor interés, reconstruyendo la voluntad presunta del asistido en función de su personalidad, voluntad, estilo de vida y convicciones sobre la dignidad de la persona. (C.C.S.)

— «A chi spetta la decisione di sospendere i trattamenti c.d. “salvavita” del paziente in stato vegetativo permanente?», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1222-1236.

Comentario al decreto del Tribunal de Belluno de 4 de noviembre de 2021, que se pronuncia sobre la interrupción de los tratamientos médicos de soporte vital en pacientes totalmente privados de discernimiento. El trabajo critica la interpretación restrictiva que la sentencia hace de la *Legge n. 219/2017*, que regula el consentimiento informado y testamento vital, y defiende la importancia de tener en cuenta la gravedad del estado de salud y las indicaciones del comité ético para conferir a la persona que presta apoyos al discapaz la facultad de interrumpir el tratamiento. (C.C.S.)

FAIDHERBE, J.: «La prise en charge de la situation des mineurs en provenance d'Ukraine», *GP*, 2022, núm. 28, pp. 14-16.

La Ley de 7 de febrero de 2022 relativa a la protección de los niños y su circular de aplicación de 3 de mayo de 2022 consagran cada una un título a la protección de los menores no acompañados. Estos dos textos de derecho interno se ajustan al dispositivo de protección temporal aplicado por la Unión Europea en respuesta a la situación de las personas que huyen de la guerra en Ucrania. (R.A.R.)

— «L'amélioration de la protection de l'enfant victime de violences», *GP*, 2022, núm. 31, pp. 10-12.

La Ley N.º 2022-140, de 7 de febrero de 2022, relativa a la protección de los niños, concreta medidas reforzadas en favor de la protección de los niños víctimas de violencia. (R.A.R.)

FALLETTI, E.: «Triage e divieto legislativo di discriminazione dei disabili: una *Weltanschauung* tedesca», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 489-495.

Ensayo sobre la discriminación contra las personas con discapacidad en el acceso a terapias intensivas durante la pandemia de Covid-19, a la luz de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán al respecto. La autora analiza los criterios que deben ser tenidos en cuenta por los servicios de urgencia en el proceso de triaje para decidir el orden de preferencia entre pacientes y si las discapacidades pueden ser tomadas en consideración para tomar la decisión. (C.C.S.)

FEDERICO, A.: «La “maternità surrogata” ritorna alle Sezioni Unite», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1047-1064.

Comentario al auto de la Sección Primera de la *Corte di Cassazione* de 21 de enero de 2022, núm. 1842, que vuelve a pronunciarse sobre la gestación subrogada en el extranjero y su contrariedad al orden público internacional italiano. El autor repasa los pronunciamientos de la *Corte Costituzionale* y de las Secciones Unidas de la *Corte di Cassazione* para explicar por qué vuelve a abrirse el debate y expone la interpretación propuesta en el auto comentado, que pone en el centro el interés superior del menor valorado en cada caso concreto. (C.C.S.)

GALLO, P.: «Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione», *RDC*, 2022, núm. 6, pp. 1054-1103.

Estudio sobre la naturaleza jurídica de los datos personales y su configuración como objeto de negocios jurídicos. Compatibilidad con la naturaleza de los derechos de la personalidad: tratamiento jurídico del consentimiento, la forma y posibilidad de revocación según el tipo de negocio jurídico y el alcance de la prestación. (M.R.D.R.)

KNETSCH, J.: «Les actions civiles en réparation fondées sur une violation du RGPD. Vers un nouveau contentieux de masse ?», *SJ*, 2022, núm. 38, pp. 1733-1740.

Es una corriente generalizada la violación de la normativa de protección de datos en toda Europa. El autor, en este trabajo, señala la conveniencia de realizar demandas colectivas en este tema. (R.A.R.)

MARAIS, A.: «Le médecin face aux directives “manifestement inappropriées” d’un patient en fin de vie», *SJ*, 2022, núm. 46, pp. 2078-2079.

Los problemas morales y científicos que suponen para un médico las indicaciones de un paciente al final de su vida. ¿Ha de cumplirlas y respetarlas? (R.A.R.)

MASONI, R.: «La via legislativa al fine vita: prima lettura del testo “morte volontaria medicalmente assistita” approvato dalla Camera dei Deputati», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1252-1267.

En julio de 2021 la *Camera dei Deputati* italiana aprobó en primera lectura un texto legislativo que aborda la regulación de alguno de los supuestos de la muerte voluntaria médicamente asistida; en concreto, el suicidio asistido. El artículo recoge el procedimiento legislativo seguido hasta el momento, así como un estudio crítico del texto propuesto. (A.M.M.)

MENDOLA, A.: «Sul metodo clinico-legale a servizio della persona vulnerabile», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1149-1177.

Las clínicas jurídicas que se están extendiendo en los últimos años en el ámbito universitario ofrecen una oportunidad de análisis crítico de los problemas sociales, especialmente valioso en el ámbito de la protección de personas vulnerables en el entorno familiar. En concreto, la autora plantea su potencial utilidad en el contexto de la protección de las personas con discapacidad y en relación con la aplicación de los artículos 404 y siguientes del Código civil italiano. (A.M.M.)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Filiazione e cittadinanza. Perché lo *ius sanguinis* all'italiana è generoso ma infido», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 969-982.

Trabajo que analiza los criterios de atribución de la nacionalidad italiana, criticando que, al tiempo que cada vez se restringe más el acceso a la nacionalidad por residencia, se aplica el *ius sanguinis* de forma muy extensa a los nacidos fuera del territorio nacional. El estudio se centra en estos criterios de atribución de la nacionalidad por filiación (bastante similares a los españoles) y en los defectos del procedimiento para hacerlos valer, tanto en los consulados como en territorio italiano, advirtiendo de sus posibles causas y haciendo propuestas *de lege ferenda*. (C.C.S.)

PARANCE, B.: «Le Conseil d'État affirme avec précaution le droit à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé en tant que liberté fondamentale», *SJ*, 2022, núm. 45, pp. 2051-2054.

La importancia del lugar donde se vive y el cuidado y respeto al medioambiente son fundamentales para el desarrollo de la persona así como para su salud y libertades. (R.A.R.)

PITTELLA, D.: «Il superamento della regola dell'automatica attribuzione del cognome paterno e le sfide del legislatore», *NLCC*, 2022, núm. 5, pp. 1355-1376.

Análisis de la sentencia de la *Corte costituzionale* de 31 de mayo de 2022, núm. 131, con relación a la posibilidad de elección del orden de los apellidos del nacido. (M.R.D.R.)

RAPISARDA, I.: «Detenzione domiciliare e interruzione volontaria della gravidanza», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 857-868.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 15 de febrero de 2021, núm. 3780, que reconoce la interrupción voluntaria del embarazo como una «manifestación y ejercicio de un derecho personalísimo, que no admite limitaciones a causa del estado de detención» de la mujer, encuadrable, por tanto, entre las circunstancias que legitiman a quien se encuentra en situación de arresto domiciliario a abandonar su domicilio. La sentencia excluye asimismo que el Juez Penitenciario pueda abstenerse de conceder la autorización escudándose en la objeción de conciencia. (C.C.S.)

TESCARO, M.: «L'avvocato amministratore di sostegno e la sua "remunerazione"», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 915-939.

En este comentario de sentencia se analiza si es acorde a las disposiciones legales el nombramiento de un profesional –generalmente un abogado– en la figura italiana del *amministratore di sostegno* (curador del sujeto que se encuentra parcial o temporalmente indispuerto para atender a sus propios intereses por enfermedad o discapacidad física o psíquica). Igualmente, el autor entra en el análisis de la práctica jurisprudencial y doctrinal dirigida a reconocerle a este cargo algún tipo de pago o remuneración por el ejercicio de su función. (A.M.M.)

TEYSSIE, B.: «Algorithmes et droits de l'homme», *SJ*, 2022, núm. 36, pp. 1610-1611.

Los algoritmos y la inteligencia artificial han irrumpido con fuerza en el Derecho. En este estudio, el autor analiza la influencia de los algoritmos en los derechos humanos. (R.A.R.)

VERSACI, G.: «Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns tra opzionalità e condizionalità», *NLCC*, 2022, núm. 5, pp. 1130-1150.

De nuevo sobre la posibilidad y efectos de solicitar la supresión de datos personales en la contratación digital. (M.R.D.R.)

YOUHNOVSKI SAGON, A. L.: «Quelles autorités compétentes pour consacrer le “droit de mourir dans la dignité”?», *SJ*, 2022, núm. 46, pp. 2098-2102.

El reconocimiento y regulación de la eutanasia ha traído graves problemas entre los profesionales. El autor, en este trabajo, analiza qué autoridad debe autorizar tal posibilidad. (R.A.R.)

## PERSONA JURÍDICA

BUCELLI, A.: «Fabbricerie fra pubblico e privato», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 254-260.

Ensayo sobre las *fabbricerie* italianas, entidades encargadas de la conservación de edificios religiosos, y su difícil calificación jurídica. El autor va poniendo de relieve sus dificultades para encuadrarlas como entidades del tercer sector o no, como entes del Estado o de la Iglesia católica, de Derecho público o privado..., con los consecuentes problemas para determinar su régimen jurídico. (C.C.S.)

BUONANNO, L.: «La responsabilità del rappresentante dell'associazione non riconosciuta», *NGCC*, 2021, núm. 6, pp. 1435-1443.

Ensayo sobre la responsabilidad del representante de una asociación no reconocida (i.e., no dotada de personalidad jurídica) por los actos que realice por su cuenta y en su nombre. El autor se centra en las relaciones entre el tercero, la asociación y su representante y en la naturaleza de la responsabilidad de este último, que por lo general se considera solidaria, fundada en una especie de relación de garantía, y defiende que en ocasiones se califique como subsidiaria cuando la operación se haya realizado objetivamente en interés del grupo. (C.C.S.)

DONDERO, B.: «Exclusion d'un associé: le cas des sociétés professionnelles du secteur de la santé», *SJ*, 2022, núm. 37, pp. 1675-1678.

Requisitos y efectos en casos de exclusión de un asociado de una sociedad profesional de la salud. (R.A.R.)

GORI, L.: «Le perduranti tensioni fra diritto pubblico e diritto privato nella qualificazione degli enti del Terzo settore», *NGCC*, 2022, núm. 3, pp. 621-631.

Artículo que, con ocasión de la sentencia del *Tribunale Amministrativo Regionale* de Nápoles de 17 de noviembre de 2021, núm. 7355, analiza el

concepto de entidad sin ánimo de lucro conforme al Derecho de la Unión Europea, cuya calificación viene dada por el Derecho privado pero que se revela también fundamental en el ámbito de la contratación pública. (C.C.S.)

KILGUS, N.: «Affectio societatis et mise en œuvre de l'article 1832-2 du Code civil», *SJ*, 2022, núm. 46, pp. 2090-2092.

El derecho de asociación, la sociedad y la *affectio societatis*. Ámbito de aplicación del artículo 1832 del Código civil francés. (R.A.R.)

LAUDONIO, A.: «Il Movimento in Tribunale: tramontate stelle o nessun dorma?», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1267-1279.

Comentario a dos autos del Tribunal de Nápoles, de 3 de febrero y 14 de junio de 2022, que se pronuncian sobre la exclusión en la toma de decisiones internas de un partido político de los asociados con una antigüedad menor a seis meses. El análisis se detiene en las graves causas que permiten la suspensión de acuerdos adoptados por los partidos políticos y en el principio de democracia interna, y concluye con la necesidad de una reforma racionalizadora del régimen de las sociedades y asociaciones. (C.C.S.)

#### OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AA.VV.: «Dossier Appel à projets», *RDI*, 2022, núm. 12, pp. 624-640.

Estudios sobre los proyectos y contratos inmobiliarios públicos (L. Richer); evolución jurídica de estos contratos (J. F. Lafaix) y llamadas a proyectos urbanos innovadores (AA. VV.). (R.A.R.)

ABRAHAM, K. S.: «Shadow Tort Law: From the *Reptile*», *Colum. L. Rev.* (Forum), 2022, vol. 122, núm. 6, pp. 110-126.

El autor analiza los posibles deslindes del concepto de negligencia y sus matices. Para ello toma como referencia la llamada «teoría del reptil» (expresión acuñada por David BALL & Don KEENAN, *Reptile: The 2009 Manual of the Plaintiff's Revolution*). Efectivamente, una de las técnicas existentes para lograr resultados favorables y abundantes en materia de ilícito civil se materializa mediante el intento de actuar sutilmente sobre la percepción de los estándares de negligencia del demandado. Por ello, desde la perspectiva de esta teoría, se intenta hacer percibir la conducta del sujeto como una amenaza. De esta manera, se estaría estimulando la parte «reptiliana» del cerebro de los miembros del jurado, que se comporta como si se tratara de una serpiente que se siente amenazada, reaccionando con violencia ante la amenaza y la inseguridad que le provoca esta situación. En este sentido, se configura un derecho de daños que ha sido poco estudiado y que permanece en la sombra al ser una temática poco abordada desde esta perspectiva y donde se ha estudiado escasamente su relación con la negligencia. (A.F.)

AL MUREDEN, E., «Event Data Recorder e Advanced Driver Assistance Systems: la "spinta gentile" verso la mobilità del futuro», *CI*, 2022, núm. 2, pp. 390-407.

Bajo un título tan rimbombante como poco accesible al no iniciado, el artículo aborda el interesante tema de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por vehículos dotados de sistemas avanzados de asistencia

al conductor (o sea, por coches autónomos). A la hora de determinar si dicha responsabilidad debe recaer sobre el conductor o sobre el fabricante, tendrán un papel fundamental los llamados registradores de datos de incidencias, una suerte de «caja negra» con la que deberán estar equipados todos los turismos a partir del 7 de julio de 2024 [art. 6.1, letra g), del Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019]. Sobre esta materia, *vid.* del mismo autor, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, escrito en coautoría con Guido CALABRESSI y publicado en 2021 por la editorial Il Mulino de Bolonia (*E.G.P.*)

ALPA, G., «Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali», *CI*, 2022, núm. 3, pp. 721-738.

El trabajo empieza dando noticia de dos iniciativas legislativas recientes a nivel comunitario como son la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) [COM(2020) 842 final] y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) [COM/2020/825 final]. A continuación, y tomando como ejemplo algunas de las plataformas digitales más conocidas (Google, Amazon, Facebook, etc.), repasa una serie de cuestiones que ponen de manifiesto el enorme poder contractual que, en la actualidad, acaparan este tipo de empresas: las condiciones generales impuestas a los clientes, el procedimiento de conclusión del contrato y las cláusulas limitativas de la responsabilidad. (*E.G.P.*)

AUBESSARD, R.: «Indemnité d'éviction: la nécessaire actualisation de la valeur du droit au bail», *GP*, 2022, núm. 37 especial, pp. 40-46.

La indemnización por desalojo debe apreciarse en la fecha lo más próxima posible a la partida del arrendatario o en la fecha en que el juez decida sobre la fijación de dicha indemnización. En este contexto, la cuestión que se plantea es cómo actualizar el valor del derecho de arrendamiento en esa fecha, que puede constituir el elemento principal de la indemnización. (*R.A.R.*)

BACHELET, V.: «Colpa medica e linee guida tra imperizia *in eligendo* e *in executivis*», *NGCC*, 2022, núm. 3, pp. 644-653.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 18 de octubre de 2021, núm. 37617, que resuelve un caso de responsabilidad médica por muerte del feto. La sentencia sirve como punto de apoyo para un análisis más amplio del papel de las directrices o protocolos –recientemente regulados de forma expresa por el legislador italiano– como referencia para enjuiciar la culpa o no del personal sanitario, así como para calcular el *quantum* de la indemnización en su caso. (*C.C.S.*)

BATTAGLIESE, M.: «Il difficile duetto della causa “immeritevole” (tra nullità e inefficacia) e l'autonomia degli effetti», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 170-177.

Breve comentario a la sentencia del Tribunal de Vicenza de 22 de noviembre de 2021, que reconoce la nulidad de un contrato de aportación de bienes a un *trust* por *immeritevolezza* (en Derecho italiano, los contratos atípicos deben ser «merecedores de tutela» para ser válidos) e ilicitud de la causa. La autora critica dicho pronunciamiento por tratar ambos defectos como sinónimos, abundando en su distinción y en sus diversos efectos. (*C.C.S.*)



BATTELLI, E.: «Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente», *RDC*, 2022, núm. 5, pp. 939-967.

Reflexiones sobre la función social del Derecho Privado y la protección de las situaciones de vulnerabilidad contractual de las personas: medidas de tutela del contratante débil en la contratación asimétrica. Diversas figuras de contratante débil y diferentes vías de protección. (M.R.D.R.)

BECHINI, U.: «Bitcoin e la paura dell'innominato (noterelle su criptovalute e metodo)», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 503-510.

Ensayo sobre las criptomonedas y su calificación jurídica. El autor analiza su posible consideración como auténtico dinero, en lugar de como bienes muebles, aunque advierte de la dificultad de establecer una ley aplicable a un activo que por su propia naturaleza funciona fuera del sistema legal. (C.C.S.)

BENAIDA, K.: «Quand la hiérarchie des normes n'arrive pas à s'imposer aux experts», *GP*, 2022, núm. 22, pp. 17-19.

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. La jurisprudencia, dada la falta de normativa, está ahora en la labor de las infecciones nosocomiales, cuando se trata de una afección donde no existe unanimidad entre los propios médicos. Los autores vuelven sobre este concepto y discuten las últimas evoluciones jurisprudenciales. (R.A.R.)

BEUERMANN, Ch.: «Discerning the form at the second stage of vicarious liability», *Cambridge L. J.*, 2022, vol. 81, núm. 3, pp. 495-523.

Para considerar al empleador responsable por un hecho que ha realizado su empleado, se exige que el ilícito sea cometido «*in the course of employment*» y, además, desde los inicios del siglo XXI, se necesita que exista de una estrecha relación entre la conducta del empleador de quien ha cometido el daño y la conducta de este último (*Lister v Hesley Hall Ltd.* [2002] 1 A. C. 215). Sin embargo, en el año 2020, esta relación se reconsidera en una serie de sentencias («Morrison» I y «Morrison II») que acuden a otros parámetros como el «principio de justicia social» o a la necesidad de «una secuencia ininterrumpida de eventos». Esto, para el autor, produce una descontextualización operada por las sentencias de los tribunales inferiores posteriores. Frente a este nuevo enfoque de la responsabilidad subsidiaria, el autor examina los razonamientos legales efectuados por los tribunales de Inglaterra y Gales tomando como referencia la categorización formulada por Atiyah y Sumner's. Se presta particular atención a la aplicación del test de Salmond (J. Salmond, *Law of Torts*, 1907) por el cual, esencialmente, un empleador no es responsable por el hecho ilícito de su empleado al menos que no se haya producido, como se ha dicho, «*in the course of employment*». (A.F.)

BREGOLI, A.: «Il risarcimento per la perdita della vita: una Totentanz dei nostri giorni», *RTDPC*, 2022, núm. 3, pp. 777-783.

Retorno al tema de la cuantificación de las indemnizaciones por daños morales: reflexión sobre la orientación de la jurisprudencia sobre el resarcimiento por pérdida de la vida. (M.R.D.R.)

BRIGANT, J. M.: «Action civile des associations de consommateurs: de l'importance relative de l'agrément», *SJ*, 2022, núm. 45, pp. 2040-2043.

Importancia de la certificación cuando se adquiere un producto destinado al consumo a la hora de demandar. (R.A.R.)

BRUGÈRE, S.: «La RSE et les cabinets d'avocates et d'avocats: questions pratiques», *GP*, 2022, núm. 27, pp. 10-12.

El enfoque de responsabilidad social o social y ambiental es un camino virtuoso, que un abogado o una firma tiene mucho interés en elegir para encarnar valores y/o para satisfacer las nuevas demandas de la sociedad, los clientes y los equipos. especialmente las nuevas generaciones, que quieren la alineación entre el comportamiento individual y colectivo, los términos del juramento y la ética profesional. (R.A.R.)

— «Le métavers et les avocats: marché virtuel ou réel?», *GP*, 2022, núm. 41, pp. 13-15.

El Metaverso suscita numerosos interrogantes y curiosidades, sobre todo en el seno de la profesión. ¿Qué definición se puede dar? ¿Es esta nueva revolución digital una oportunidad para abogados y abogadas? ¿Qué precauciones hay que tomar para garantizar una presencia conforme a la deontología? (R.A.R.)

CAROCCIA, F., «Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali», *CI*, 2022, núm. 2, pp. 408-428.

El uso de la inteligencia artificial plantea el problema de a quién se le debe imputar la obligación de resarcir aquellos daños que no dependen ni del usuario ni del fabricante de la máquina, sino que se derivan directamente de las decisiones adoptadas por esta última de forma autónoma (*vid.* también *supra* la reseña al artículo de AL MUREDEN). El autor pasa revista a las distintas iniciativas de las instituciones europeas que han abordado esta cuestión; en particular, la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, elaborada en 2021. (E.G.P.)

CEREA, F.: «Danno da errata diagnosi prenatale: la Corte di Strasburgo sulla retroattività della c.d. loi Kouchner», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1296-1309.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2022, recurso núm. 66328/14, que, al tenor de un caso de responsabilidad civil por *wrongful birth*, se pronuncia sobre la retroactividad de una norma que excluya de la reparación los gastos relativos al cuidado del hijo con discapacidad. La comentarista repasa la evolución de la jurisprudencia y legislación francesas y la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre el resarcimiento de este tipo de daños y su extensión. (C.C.S.)

CHARBONNEAU, C., y otros: «La vente d'immeuble dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux», *RDI*, 2022, núm. 10, pp. 488-494.

Análisis de la nueva propuesta de regulación del contrato de compraventa de bien inmueble en el anteproyecto de contratos especiales del Código civil francés. (R.A.R.)

CHARBONNEAU, C., y otros: «Le contrat d'entreprise dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux», *RDI*, 2022, núm. 11, pp. 552-561.

Análisis de la nueva propuesta de regulación del contrato de empresa en el anteproyecto de contratos especiales del Código civil francés. (R.A.R.)

CONFORTI, G. R.: «Indennizzo e fondi di solidarietà: il FIR», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 234-242.

Al hilo del *Fondo Indennizzo Risparmiatori* (FIR), un fondo constituido *ex lege* para reparar a los titulares de acciones y obligaciones subordinadas emitidas por ciertos bancos durante su liquidación forzosa por orden administrativa, en este ensayo se analizan los conceptos de resarcimiento, indemnización e indemnidad, advirtiendo de sus perfiles cada vez más difusos. (C.C.S.)

DADDA, A.: «Danni da robot (specie in ámbito sanitario) e pluralità di responsabilità tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo», *RDC*, 2022, núm. 5, pp. 805-837.

Observaciones sobre la normativa de la Unión Europea en tema de responsabilidad civil derivada del uso de inteligencia artificial, en relación con la responsabilidad civil por mala utilización y malfuncionamiento del robot quirúrgico o de diagnóstico: atribución de responsabilidades y medidas de indemnización. (M.R.D.R.)

DALMARTELLO, A.: «Il sistema europeo dei servizi di pagamento e i pagamenti anonimi *contactless*», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 837-849.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, *DenizBank*, C-287/19, ECLI:EU:C:2020:897, que interpreta algunas disposiciones de la Directiva 2015/2366/UE, de Servicios de Pago en el mercado interior (PSD2), relativas a la responsabilidad del prestador de servicios por el uso fraudulento de medios de pago sin contacto. En concreto, la sentencia confirma que la función de comunicación de campo cercano (NFC) de las tarjetas bancarias multifunción constituye un instrumento de pago autónomo a efectos de la PSD2, y que su uso anónimo permite al proveedor de servicios eximirse de responsabilidad en los términos que la Directiva prevé. Concluye, asimismo, que el proveedor de servicios puede modificar el contrato marco celebrado con su cliente siempre que se le haya atribuido contractualmente esta facultad, respetando la información y condiciones ordenadas por la PSD2. (C.C.S.)

DONADONI, P.: «Tutela delle relazioni affettive e danno interspecifico nella giurisprudenza», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 511-520.

Trabajo que aborda el régimen jurídico de los daños interespecíficos (i.e., los daños causados a animales de otras especies, en particular las mascotas) y su encaje en alguna de las hipótesis de resarcimiento del daño no patrimonial en Italia, así como los criterios de liquidación de la indemnización. (C.C.S.)

DO CARMO SILVA, J. M.: «L'exception de subrogation au service de l'assureur qui refuse sa garantie», *SJ*, 2022, núm. 36, pp. 1616-1619.

Estudio sobre la excepción de subrogación al servicio del asegurador cuando éste deniega su garantía. (R.A.R.)

FAIDHERBE, J.: «Les achats publics durables et les perspectives de protection d'ordre public», *GP*, 2022, núm. 39, pp. 12-14.

El control público sostenible está garantizado por una sólida política de protección del medio ambiente. Las normas jurídicas medioambientales aplicadas por los compradores públicos se completan necesariamente con sanciones penales conformes al interés superior de protección del medio ambiente. (R.A.R.)

— «L'acheteur public: garant de la mise en œuvre d'une commande publique durable», *GP*, 2022, núm. 40, pp. 9-11.

El Plan Nacional de Adquisiciones Sostenibles (PNAD 2022-2025) tiene por objeto apoyar la aplicación de la Ley n.º 2021-1104, de 22 de agosto de 2021, sobre la lucha contra el cambio climático y el fortalecimiento de la resiliencia frente a sus efectos en materia de pedidos públicos. La integración de una dimensión medioambiental y social en todos los contratos de contratación pública es un reto fundamental e inmediato. En este sentido, el comprador público dispone de verdaderos medios que le permiten desempeñar su papel de garante del desarrollo sostenible en la contratación pública, teniendo en cuenta todos los criterios de protección del medio ambiente, a fin de conciliarlos con los objetivos del mercado. (R.A.R.)

FEOLA, M.: «Il danno dinamico-relazionale da “esistenza diversamente abile”», *NGCC*, 2021, núm. 6, pp. 1482-1494.

Estudio sobre la responsabilidad civil por *wrongful life*, es decir, por el padecimiento que sufre quien nace con una discapacidad que pudo ser diagnosticada y advertida a la madre antes del nacimiento, y que habría permitido la interrupción voluntaria del embarazo. En el trabajo se expone la evolución de la postura de la *Corte di Cassazione*, que ha venido a admitir la legitimación del hijo para reclamar el resarcimiento de daños acaecidos antes del nacimiento y que, aunque hasta ahora considera que no hay un daño moral reparable en estas reclamaciones, en algunos casos ha abierto la puerta a la reclamación de daños patrimoniales. La autora se muestra aun así crítica con la solución jurisprudencial, abogando por una ampliación de la indemnización al daño moral consistente en la «existencia con diversidad funcional». (C.C.S.)

FINESSI, A.: «Responsabilità del tour operator per i danni causati dal dipendente di un prestatore di servizi», *NGCC*, 2021, núm. 5, pp. 1106-1119.

Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2021, *Kuoni Travel*, C-578/19, ECLI:EU:C:2021:213, que delimita la extensión de la responsabilidad del organizador de viajes en un contrato de viaje combinado conforme a la normativa europea. En concreto, aunque el Tribunal entiende que dentro del concepto de prestador de servicios no se incluyen sus empleados, reconoce la posibilidad de que se le imputen algunos de los actos que estos cometan al estar incluidos en su esfera de control, negándoles así la condición de imprevisibles o insuperables, con lo que se impide que el operador se exima de responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso resultante de la conducta de sus trabajadores. (C.C.S.)

FUSARO, A.: «Effetto avverso del farmaco: obblighi informativi e responsabilità», *NGCC*, 2021, núm. 5, pp. 1145-1157.

Ensayo que contrasta las sentencias de la *Corte di Cassazione* de 7 de marzo de 2019, núm. 6587, y de 10 de mayo de 2021, núm. 12225, relativas a la clasificación del daño causado por los efectos adversos de un fármaco. Se plantea así el problema de delimitar en qué consiste un producto defectuoso, a efectos de determinar si debe aplicarse su régimen específico de responsabilidad o el régimen general de responsabilidad por actividades peligrosas, y si los efectos adversos que produce un medicamento pueden incardinarse en aquella categoría. También se aborda la cuestión de la información obligatoria de los riesgos y su posible efecto liberador de responsabilidad. (C.C.S.)

GAROFALO, A. M.: «I finanziamenti indicizzati al franco svizzero: attendendo le Sezioni Unite», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 833-847.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 16 de marzo de 2022, núm. 8603, que resuelve algunos problemas sobre contratos de *leasing* indexados a moneda extranjera cuando el cliente es un profesional. El autor se muestra crítico con la consideración de estos contratos como *embedded derivative* (derivados implícitos), en cuya regulación se ha buscado la tutela de estos contratos, pero también admite los altos riesgos de estos contratos y la necesidad de protección del cliente, que justificarían la aplicación analógica de (algunas de) aquellas normas. (C.C.S.)

GATTI, S.: «I fondamentali della reversione degli utili nel canone della Corte di legittimità», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 145-158.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 29 de julio de 2021, núm. 21832, que, a raíz de una infracción de derechos de propiedad industrial, aborda la restitución de los beneficios ilegalmente obtenidos como alternativa al resarcimiento del lucro cesante. La sentencia reconoce la operatividad de este remedio como autónomo respecto del resarcimiento, y concluye que el titular del derecho perjudicado no tiene que probar la existencia de una ganancia que se dejó de obtener ni la culpa o dolo del infractor. El comentarista concluye planteándose la viabilidad de extender analógicamente este remedio a las infracciones de propiedad intelectual. (C.C.S.)

GENTILE, A.: «La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone», *RTDPC*, 2022, núm. 3, pp. 701-716.

Reflexiones sobre la protección de intereses contrapuestos en el ámbito de la contratación digital: protección de datos e intereses de los consumidores o tutela de los intereses del mercado: diferencias según los tipos de contratos, telemáticos, cibernéticos o algorítmicos. (M.R.D.R.)

GRAYOT-DIRX, S.: «Correspondance entre avocats produite en justice: rappel des limites de la confidentialité», *SJ*, 2022, núm. 46, pp. 2082-2084.

El ejercicio profesional de la abogacía impone al profesional el deber de confidencialidad y secreto profesional. No obstante, en un procedimiento suele existir relación entre los abogados de ambas partes. ¿Dónde se coloca el límite y se infringe el deber de confidencialidad? (R.A.R.)

GUARNERI, A.: «*In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis: valore attuale di un antico brocardo*», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1126-1140.

Estudio sobre el viejo brocardo latino *in pari causa turpitudinis, melior est conditio possidentis*, que determina la irrepetibilidad de las prestaciones realizadas cuando ambas partes de un negocio han procedido de manera culpable. El artículo explica la *ratio* y evolución histórica de esta regla, comparando la experiencia en varios ordenamientos de *Civil Law* frente a otros de *Common Law*, y analizan su ámbito de juego habitual –las prestaciones sexuales y el juego clandestino– para concluir abogando por su expansión a otros supuestos. (C.C.S.)

HUMPHREYS, S.: «Equity before “Equity”», *Mod. L. Rev.*, 2023, vol. 86, núm. 1, pp. 85-121.

El trabajo es una revisión de los matices que pueden existir entre *aequitas*, equidad y *equity*, así como el análisis de las concordancias y disonancias que este concepto puede haber asumido a lo largo de la Historia. Se toma como punto de referencia tres etapas: el Derecho romano, el debate franciscano sobre pobreza del siglo XIV y su visión constitucional inglesa en relación con la *common equity* propuesta por los *Levellers* en la década de 1640. El análisis crítico de las obras y pensamientos de varios pensadores a lo largo de este periodo permite al autor afirmar que ya existía una antigua tradición exegética que relacionaba la equidad con la persona humana y los derechos naturales. En este sentido, en el ámbito internacional, se puede concluir que la moderna noción que relaciona la *equity* con los individuos y los derechos humanos tiene orígenes más lejanos de lo que podría pensarse. (A.F.)

LASSERRE-CAPDEVILLE, J.: «Crédit affecté, nouvelle solution concernant la connaissance des irrégularités du contrat principal», *SJ*, 2022, núm. 37, pp. 1673-1674.

La nueva orientación doctrinal y jurisprudencial sobre las irregularidades en el contrato principal que garantiza un crédito. (R.A.R.)

LAU, K. H.: «Novation and Advance Consent», *Cambridge L. J.*, 2022, vol. 81, núm. 3, pp. 581-609.

A mediados de los años noventa (R. GOODE, *Commercial Law*, 2nd ed. London 1995) se observó la oportunidad de establecer un mecanismo contractual por el cual la novación procede al producirse un acto o evento designado. El autor decide profundizar esta afirmación y valorar cuáles podrían ser las posibilidades de exteriorizar este tipo de consentimiento anticipado («*advance consent*»). Se considera que para mitigar los riesgos de abuso e incumplimiento que pueden proceder de este, se podría adoptar uno de los dos enfoques alternativos. El primero es el equitativo, y representa con mayor autoridad el estado actual del derecho inglés; y el segundo, el que tiene en consideración la implicación que una *warranty* puede tener en el sistema de *Common Law*. (A.F.)

LAUVERGNAT, L.: «Ordonnance d’injonction de payer exécutoire: quelle prescription pour l’exécution ?», *SJ*, 2022, núm. 47, pp. 2151-2153.

Cuando se requiere para el pago de manera ejecutiva es discutido si cabe o no prescripción de la deuda. (R.A.R.)

LE BOT, O.: «Un permis de construire modificatif peut régulariser le permis initial en raison d'un changement des circonstances de fait», *SJ*, 2022, núm. 50-52, pp. 2320-2323.

Cuando se tiene un permiso de obra inicial cabe su modificación con un permiso posterior si existe un cambio de las circunstancias de hecho tenidas en cuenta para su solicitud. (R.A.R.)

LEVENEUR-AZÉMAR, M.: «Travaux prévus mais non chiffrés c'est au constructeur de payer !», *SJ*, 2022, núm. 50-52, pp. 2312-2315.

En el contrato de obra suele ocurrir que determinados trabajos se acuerdan después y no se han tenido en cuenta en el presupuesto. En estos casos, depende del fabricante si paga o no. (R.A.R.)

LIMBACH, F.: «Exécution imparfaite de la prestation et réduction du prix», *RTDC*, 2022, núm. 3, pp. 539-558.

El defecto de cumplimiento de la prestación en el contrato de compraventa lleva a una reducción del precio de ésta. (R.A.R.)

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.

El legislador, siguiendo con el deseo de que las normas se adopten por la confianza en las instituciones judiciales, aprueba el decreto de 30 de junio de 2022 reformando el procedimiento disciplinario de los abogados. (R.A.R.)

MAISANO, M. S.: «Le Sezioni Unite a tutela dell'intangibilità dei "fatti del passato": il caso della locazione finanziaria», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 869-882.

Comentario de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 29 de enero de 2021, núm. 2061, que declara irretroactiva la regulación del arrendamiento financiero (*locazione finanziaria*) contenida en la Ley núm. 124/2017, de 4 de agosto. Dicha sentencia determina que la resolución por incumplimiento del contrato que se verificase antes de su vigencia debe regirse por las normas generales del *Codice civile*, sin que quepa tampoco la aplicación analógica de otras normas aunque su regulación sea más próxima a la contenida en la referida ley. (C.C.S.)

MANIER GALAS, C.: «La portée du droit moral de l'architecte en cas de désordres affectant l'immeuble», *GP*, 2022, núm. 38 especial, pp. 41-43.

El autor analiza el derecho moral del arquitecto. Parte de que considerando la obra arquitectónica como obra habitada con vocación utilitaria, el derecho moral del arquitecto debe consistir en el derecho de propiedad del propietario y/o del propietario de la obra. Por ello, ha de encontrarse un justo equilibrio entre estos derechos concurrentes, de modo que las modificaciones de una obra habitada deben ser estrictamente necesarias y proporcionadas al objetivo perseguido. (R.A.R.)

MARCATAJO, G.: «Responsabilità civile e pandemia», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1589-1616.

La autora examina la posible aplicación del instituto de la responsabilidad civil para hacer frente a los daños producidos por la Covid-19. Su análisis se

centra en el requisito del daño injusto, como presupuesto de la responsabilidad, y en el equilibrio que debe establecerse con la afectación o limitación de derechos fundamentales. Se plantea igualmente si la compensación que, en su caso, pueda resultar de esta aplicación cumple las funciones propias de la responsabilidad civil o si más bien cumple otras funciones que deberían alejarla de esta institución. (A.M.M.)

MATERA, D. M.: «Covid-19 e locazioni commerciali: tra rinegoziazione, intervento del giudice sul contratto e inutilizzabilità della prestazione», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 991-1000.

Ensayo sobre la obligación de pago de la renta en contratos de arrendamiento de locales de uso comercial en atención a las restricciones adoptadas en razón del Covid-19 en Italia. Al hilo del auto del Tribunal de Roma de 27 de agosto de 2020, el autor se posiciona en contra de una reducción generalizada de las rentas, respondiendo a los argumentos a favor de redistribuir los riesgos sobre la base de la solidaridad y la buena fe, los que sostienen la existencia de un deber de renegociar el contrato y la posibilidad de intervención del juez en caso de no llegar a acuerdo, así como la redefinición del concepto de imposibilidad del cumplimiento del arrendador. En su lugar, sostiene la necesidad de una intervención individualizada en función de las circunstancias, debidamente motivada y que tenga en cuenta todos los intereses en juego. (C.C.S.)

MATTERA, R.: «Mora e usura nella locazione finanziaria», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1141-1149.

Ensayo sobre el contrato de *leasing* o permuta financiera en la legislación italiana. El artículo analiza su regulación en la *Legge n. 124/2017* y debate si en ella tiene sentido mantener la distinción entre «*leasing di godimento*» (cuya duración se corresponde con la vida económica del bien sobre el que recae) y «*leasing traslativo*» (con una causa mixta de financiación y transmisión de dominio), además de exponer sus caracteres. Tras esta explicación general, la autora se detiene en la aplicación de la normativa de represión de la usura a este tipo contractual, con referencia a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 28 de marzo de 2022, núm. 9874, y en particular a los intereses moratorios. (C.C.S.)

MEL, J.: «Le recours contre le fabricant en cas de dommage causé à la construction», *GP*, 2022, núm. 38 especial, pp. 47-49.

Los recursos contra los fabricantes plantean tantas dificultades que se prevé incluso suprimir el concepto de EPERS en el anteproyecto de reforma del Derecho contractual especial. De ahí, que se imponga la necesidad de realizar un inventario. (R.A.R.)

MIGNOT, M.: «La sanction de la faute du créancier à l'égard de la caution: compensation ou déchéance?», *SJ*, 2022, núm. 36, pp. 1627-1630.

Cuando existe culpa por parte del acreedor a la falta de fianza, ¿aplicamos un régimen de compensación de culpas o bien se puede hablar de caducidad? (R.A.R.)

MINICANGELI, P.: «La liquidazione del danno alla persona: persistenti incertezze ed immutabili esigenze», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1178-1214.

El trabajo examina de forma crítica el estado de la cuestión en materia de valoración del daño no pecuniario en atención a la evolución más reciente,



poniendo de relieve las cuestiones actualmente más problemáticas. Se centra para ello en los distintos baremos elaborados por diversos tribunales italianos –o en proyecto por parte del legislador– en el ámbito del daño a la salud, así como en las directrices jurisprudenciales elaboradas para la indemnización del daño no pecuniario en diversas materias en las que surge habitualmente este tipo de daños. (A.M.M.)

MOROTTI, M.: «Gli acquisti tramite *gift card*: natura giuridica e disciplina dei vizi», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1150-1155.

Análisis breve de algunos aspectos jurídicos de las adquisiciones hechas con tarjeta regalo. El trabajo se detiene, por un lado, en su naturaleza jurídica y, tras excluir que se pueda considerar un instrumento de pago, depósito irregular o modalidad de cuenta corriente, concluye que es una compraventa con determinación mixta del objeto. Por otro lado, la autora critica la práctica de muchos profesionales de reintegrar el pago en la tarjeta regalo en caso de devolución por defectos en el producto, que considera abusiva. (C.C.S.)

NARDI, S.: «Il contratto si scioglie per l'avverarsi della condizione risolutiva potestativa, anzi no, per recesso unilaterale», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 858-866.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 8 de abril de 2022, núm. 11440, que, en un contrato de promesa de compraventa de un inmueble sobre plano, analiza la aplicación de la cláusula «resolutoria» prevista para el caso de no concluir la edificación en cierto plazo. El artículo contrapone los regímenes del desistimiento del contrato, las cláusulas resolutorias y las condiciones resolutorias potestativas, con sus distintos efectos, y defiende la compatibilidad de varios de ellos en función de las circunstancias del caso. (C.C.S.)

NERI, A.: «Uso di un algoritmo discriminatorio nella contrattazione privata», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 983-990.

Trabajo que aborda algunos retos que presenta el uso cada vez más generalizado de la inteligencia artificial, como son su compatibilidad con la protección de datos, el riesgo de sesgos discriminatorios en los algoritmos y la identificación de los sujetos responsables en tales casos. Tras un análisis general de la cuestión, se pone el foco en el uso de algoritmos en procesos de contratación, exponiendo la regulación actual y denunciando sus deficiencias para afrontar los nuevos desarrollos tecnológicos. (C.C.S.)

NOGUÉRO, D.: «De l'interdiction, dans la déclaration du risque, d'une information sur des tests génétiques ou leurs résultats», *GP*, 2022, núm. 38 especial, pp. 38-40.

Estudio sobre la sentencia reciente del Tribunal de Casación en la que se pronuncia por primera vez sobre la prohibición de las pruebas genéticas en los seguros. Dicha prohibición se contenía en la Ley n.º 2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, considerando que el asegurador que ofrece una garantía de los riesgos de invalidez o de muerte no puede plantear ninguna pregunta sobre las pruebas genéticas y sus resultados, y el suscriptor que haya realizado tales pruebas no estará obligado a mencionarlas en sus respuestas al cuestionario de salud que se le presente. (R.A.R.)

PAGLIATINI, S.: «L'attuazione minimalista della dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies-135 vicies ter c.cons. La nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali», *NLCC*, 2022, núm. 6, pp. 1499-1560.

Análisis de la coordinación de la normativa sobre protección de datos personales con la Directiva 2019/770. Lagunas de adaptación en comparación con el Derecho alemán y francés. (*M.R.D.R.*)

PAGLIETTI, M. C.: «Armonizzazione massima e regole del diritto nazionale nella disciplina dei pagamenti non autorizzati (A propósito della sentenza della Corte di giustizia UE C-337/20)», *RDC*, 2022, núm. 6, pp. 1147-1172.

Observaciones sobre los criterios de aplicación e integración de la normativa europea en la nacional, a propósito de la cuestión remitida a la Corte sobre la naturaleza del régimen de responsabilidad establecido por la Directiva CE 2007/64, en relación con las operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente y su coordinación con el régimen interno de responsabilidad civil y contractual (artículo 1174 Codice Civile). (*M.R.D.R.*)

PALMENTOLA, C.: «L'assicurazione R. C. Auto e la circolazione nelle aree private», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 86-98.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 30 de julio de 2021, núm. 21983, relativa a la extensión del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor a siniestros acaecidos en terreno privado. El tribunal reinterpreta el concepto de circulación para dar cabida a la conducción por espacios privados equiparados a la vía pública, posición más coherente con la normativa y jurisprudencia europeas. (*C.C.S.*)

PALMERINI, E.: «Un nuovo tassello nella fattispecie di danno da nascita indesiderata», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 892-901.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 15 de enero de 2021, núm. 653, que resuelve una demanda de responsabilidad médica por *wrongful birth*. Puesto que la posibilidad del aborto es un presupuesto para este tipo de reclamaciones, y dado que, pasados los primeros noventa días, la interrupción del embarazo está limitada en Italia a ciertos supuestos, la sentencia procede a interpretarlos, optando por una lectura extensiva que no limita el acceso al aborto a casos de anomalías del feto ya verificadas, sino que alcanza a las malformaciones graves que con alta probabilidad se desarrollarán, e incluso a otras patologías que puedan afectar a la salud física o mental de la madre. (*C.C.S.*)

PASQUILI, R.: «La responsabilità del *travel agent* nella distribuzione di pacchetti turistici», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 824-832.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 2 de febrero de 2022, núm. 3150, del que la autora se sirve para analizar la responsabilidad de la agencia de viajes en la distribución de paquetes turísticos. Se hace un repaso de las distintas reformas sobre la materia previas al caso que se presenta, poniendo especial énfasis en la distribución de responsabilidades entre el organizador y el vendedor-intermediario/agencia de viajes, que se resuelve a menudo en perjuicio del primero. El trabajo termina con el estudio de la última modificación, resultado de la transposición de la Directiva 2303/2015/UE, aunque concluye que en este punto la solución no sería distinta. (*C.C.S.*)

PATTI, S.: «Danno non patrimoniale e valutazione equitativa», *RTDPC*, 2022, núm. 4, pp. 1029-1046.

Reflexiones de derecho comparado, francés y alemán, sobre la aplicación del artículo 1226 CC italiano, para la valoración del daño no patrimonial ante la imposibilidad de reparación íntegra del daño moral. (*M.R.D.R.*)

PELLIER, J. D.: «Nullité versus rétractation en droit de la consommation», *SJ*, 2022, núm. 43-44, pp. 1990-1993.

La confrontación en el ámbito del consumo entre nulidad y desistimiento. (*R.A.R.*)

PERFETTI, G.: «Lo statuto degli obblighi informativi: un altro contributo della Corte UE», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 811-823.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022, as. C-143/20 y C-213/20, *A y otros contra O y G. W. et E. S. contra A. Towarzystwo Ubezpieczeń Życie S. A.*, ECLI:EU:C:2022:118, que resuelve varias cuestiones prejudiciales relativas a los deberes de información en contratos de seguro con consumidores. El autor trata de determinar a quién corresponden estos deberes en contratos colectivos celebrados a través de intermediarios, en los que el consumidor no adquiere formalmente la condición de parte, y desarrolla la necesidad de que la información sea inteligible, el momento en que deben cumplirse y las consecuencias civiles y/o administrativas de su incumplimiento. (*C.C.S.*)

PINELLI, A. M.: «La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1322-1333.

Ensayo sobre la tutela de los datos personales en la sociedad de la información. Partiendo del reconocimiento del mercado creciente que representan, se reconoce la necesidad de contemporizar la libre circulación de los datos con la tutela de la persona a través de la tutela del derecho a la intimidad, pero se advierte de la insuficiencia de dicha tutela. Se propone complementarla con la consideración de los datos como bienes inmateriales, con lo que la relación de intercambio de los mismos por servicios digitales podría considerarse un contrato de consumo merecedor de la especial protección que se predica de estos, y se analizan las normas europeas en este sentido y su transposición al ordenamiento italiano. (*C.C.S.*)

PISTELLI, F.: «I prestiti in valuta fra contratto e concorrenza», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 108-120.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 31 de agosto de 2021, núm. 23655, que se pronuncia sobre algunos aspectos problemáticos de los créditos indexados a moneda extranjera. La originalidad de la sentencia, según recoge el autor, radica en el valor que atribuye a los pronunciamientos de las agencias públicas de defensa de la competencia, pues les reconoce un valor de medio de prueba privilegiado, no ya solo en el terreno fáctico, sino también en cuanto a su valoración jurídica de las cláusulas y su posible abusividad. (*C.C.S.*)

RESTUCCIA, V.: «Danno da vaccino e responsabilità», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1122-1148.

La autora examina la responsabilidad que puede plantearse por daños producidos con ocasión de la vacunación contra la Covid-19, analizando tanto los potenciales responsables, como la fuente de su responsabilidad. En concreto, toma en consideración los problemas derivados de tratar de imputar responsabilidad a las empresas farmacéuticas productoras de las vacunas, al médico encargado de su administración y al centro en el que ésta se produce, así como al Ministerio de salud. (A.M.M.)

RICCIO, G. M.: «Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d'autore?», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1032-1046.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2019, *Polonia c. Parlamento y Consejo*, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, que se pronuncia sobre la validez del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines. Dicho precepto introduce una nueva categoría de prestador de servicios de intermediación, las plataformas de contenidos, y regula la posibilidad de responsabilizarlas si no establecen filtros para los contenidos que alojan, lo que se pone en contraste con la libertad de expresión e información de los usuarios. El comentarista critica la respuesta generalista y poco clara del Tribunal, para luego evaluar si será necesaria una reforma de la norma italiana de transposición. (C.C.S.)

SANTARPIA, D.: «Le (ir)risolubili aporie della responsabilità (oggettiva) da cosa in custodia», *NGCC*, 2022, núm. 3, pp. 632-643.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 14 de diciembre de 2021, núm. 39965, concerniente a la responsabilidad del Estado por daños causados por una mala conservación de la vía pública. La autora reflexiona sobre la *responsabilità da cosa in custodia* (i.e., la responsabilidad del custodio de una cosa por los daños que la misma cause) y su naturaleza, en particular sobre su supuesto carácter objetivo, así como sobre la incidencia del caso fortuito o de la conducta de la víctima sobre el nexo causal. (C.C.S.)

SAUVAGE, F.: «L'imputation en assiette des libéralités en usufruit», *SJ*, 2022, núm. 37, pp. 1666-1668.

El autor analiza las donaciones y su imputación en usufructo. (R.A.R.)

STRUILLOU, J. F.: «Responsabilité de la puissance publique et droit de la préemption», *RDI*, 2022, núm. 10, pp. 495-507.

La responsabilidad de la administración en la contratación pública y su derecho de adquisición preferente. (R.A.R.)

TACHEAU, S.: «En matière de changement d'usage et de cession de commercialité, le maître mot est l'anticipation !», *GP*, 2022, núm. 38 especial, pp. 6-8.

La presidenta de la sociedad Useum Consell, la señora Tacheau, conocida experta inmobiliaria, hace una entrevista en la que buscaba acompañar a los clientes de manera personalizada, poniendo al servicio de sus proyectos de desarrollo inmobiliario un peritaje jurídico-comercial indispensable para el buen desarrollo de estas operaciones complejas. (R.A.R.)

TELLA, M.: «Responsabilità degli internet providers: rifrazioni dell'onere della prova», *RDC*, 2022, núm. 5, pp. 838-861.

Observaciones sobre los criterios de reparto de prueba en los supuestos de responsabilidad civil de los proveedores de servicios de internet por ilícitos contra el derecho de propiedad intelectual e industrial. (*M.R.D.R.*)

TOLA, M.: «Atti di disposizione dell'amministratore di banca e azione di responsabilità presagita», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 439-448.

Al hilo de la sentencia del Tribunal de Padua de 20 de julio de 2021, que resuelve un caso de acciones de responsabilidad contra los administradores de dos bancos liquidados, este artículo examina el valor probatorio de las inspecciones del Banco de Italia en los procesos judiciales y la posibilidad de revocar ciertos actos realizados de manera fraudulenta. (*C.C.S.*)

TORMEN, L.: «Creatività giurisprudenziale e danno non patrimoniale: osservazioni critiche sulla tabellazione», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 918-924.

Ensayo sobre las *tabelle milanesi*, tablas elaboradas por el Tribunal de Milán para evaluar los daños no patrimoniales que luego han sido también implementadas por otros tribunales. El autor expone su origen y función, así como la discusión acerca de si tienen valor cuasinormativo o meramente orientativo de la decisión judicial, para a continuación destacar sus limitaciones. Defiende, en fin, la labor creativa de los intérpretes de la ley al enfrentarse a estos daños para garantizar la adecuación de la indemnización a las características particulares de cada caso. (*C.C.S.*)

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 había consagrado, en el derecho contractual común, el nuevo artículo 1123 del Código Civil relativo al pacto de preferencia, cuyas disposiciones resultaron ser incompletas. El proyecto de reforma de la ley de contratos especiales intenta aclarar su régimen sin conseguirlo, por su imprecisión pero, sobre todo, por un penoso defecto: el de hacer de este contrato una especie de etapa en la compraventa. (*R.A.R.*)

VARUHAS, J.: «Three Issues in the Law of Contractual Discretion», *Oxford J. Legal Stud.*, 2022, vol. 42, núm. 3, pp. 787-817.

El artículo cuestiona el hecho de que los daños y perjuicios son el remedio invariable relativo a un incumplimiento relativo a un *implied term*, pudiendo manifestarse también nulidad y anulabilidad. Para llegar a esta conclusión, se parte del estudio de la capacidad discrecional de la interpretación de estas cláusulas y del test de irracionalidad que le puede ser aplicado. Concretamente, se retoma el cuestionamiento de la aplicación del test *Wednesbury Unreasonable* y la progresiva lejanía aplicativa en ámbito civil desde la sentencia *Braganza* (*Braganza v BP Shipping Ltd & anr* [2015] UKSC 17, 18 marzo 2015) y los pronunciamientos posteriores. Así, se abordan tres cuestiones sobre la discrecionalidad contractual de una de las partes: la naturaleza del control de la razonabilidad en virtud de la cláusula implícita; el género de la cláusula; y los remedios. (*A.F.*)

VENTURELLI, A., «Risarcimento del danno e sospensione del pagamento del prezzo nella nuova disciplina dedicata alla fornitura di beni di consumo», *CI*, 2022, núm. 3, pp. 813-838.

A la hora de transponer la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, el legislador italiano optó por hacer compatibles los remedios previstos por la Ley especial frente a la falta de conformidad de los productos con los derechos y acciones reconocidos por otras normas del ordenamiento (*vid.* el art. 135 del *Codice del Consumo* en su redacción original y *cfr.* con la opción del legislador español recogida en el antiguo art. 116 TRLGDCU). Esto permitía que el consumidor, junto con el ejercicio de los derechos a la reparación o sustitución de la cosa, a la resolución del contrato o a la rebaja del precio, pudiera pedir también la indemnización de los daños y perjuicios (*ex arts.* 1494 ss. c.c.) u oponer la *exceptio inadimpleti contractus* (*ex art.* 1460 c.c.). Sin embargo, la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, que deroga la anterior, ha rechazado esta compatibilidad de remedios (art. 4). Por eso, el nuevo artículo 135 *septies* del *Codice del Consumo* dice ahora en su apartado segundo que las garantías de la normativa especial desplazan cualquier otra disposición que tenga por efecto otorgar al consumidor un nivel de protección diferente. Con todo, las cosas no han cambiado demasiado, ya que la nueva Directiva deja a salvo la indemnización de los daños y perjuicios conforme al Derecho común [art. 3.6, reproducido en el art. 137 *septies*.1 c. cons. (*vid.* act. art. 117.1 I TRLGDCU)] y prevé expresamente el derecho del consumidor a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe hasta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones [art. 13.6, reproducido en el art. 135 *bis*.6 c. cons. (*vid.* act. art. 117.1 II TRLGDCU)]. (*E.G.P.*)

WALTZ-TERACOL, B.: «Précisions sur les conditions de mise en œuvre et les effets de la nullité du contrat d'assurance pour fausse déclaration intentionnelle des risques», *SJ*, 2022, núm. 34, pp. 1514-1517.

El contrato de seguro y su nulidad por falsedad intencionada en la declaración de riesgos por el tomador. (*R.A.R.*)

— «Indemnité d'assurance due indépendamment de la possession frauduleuse de l'assuré sur le bien sinistré», *SJ*, 2022, núm. 41, pp. 1879-1881.

Siniestro en supuestos en que el asegurado tiene una posesión fraudulenta respecto al bien siniestrado. Ello no impide el nacimiento de la obligación de indemnizar. (*R.A.R.*)

ZALEWSKI-SICARD, V.: «Les travaux de transformation énergétique du logement aux frais du locataire», *GP*, 2022, núm. 38 especial, pp. 43-45.

La mejora de la eficiencia energética de los edificios residenciales no solo obliga al arrendador sino que la autora considera que puede lograrse mediante trabajos realizados por el arrendatario. Estos trabajos son objeto de un régimen específico precisado, en último lugar, por un decreto de 20 de julio de 2022. (*R.A.R.*)

ZOLEA, S.: «Le sopravvenienze nei contratti spaziali», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1345-1355.

Análisis del régimen de supervivencia de los contratos espaciales (i.e., los relativos a cualquier operación extra-atmosférica), donde abundan los imprevistos que pueden hacer excesivamente oneroso el cumplimiento. El artículo, tras hacer algunos apuntes relativos al panorama contractual resultante de la pandemia de Covid-19, advierte de la dificultad de delimitar los contratos espaciales (dada la pluralidad de contratos vinculados) y luego analiza las previsiones de supervivencia en contratos celebrados por la NASA, la ESA y la ASI, de las que extrae algunas conclusiones. (C.C.S.)

### DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AUSTIN, G. A.: «Droits de l'Homme des auteurs: leçons pour les systèmes juridiques de common law», *RIDA*, 2022, núm. 274, pp. 29-53.

El artículo viene a ser un comentario detallado de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2022, sobre el caso *Safarov v. Azerbaiyán*, que viene a recordarnos que la falta de protección del derecho de autor puede constituir una infracción de los derechos humanos. El autor analiza el potencial que tiene la normativa internacional sobre derechos humanos en la legislación relativa a los derechos de autor. Se centra, sobre todo, en los ordenamientos jurídicos basados en el derecho consuetudinario, como son el de Australia y Nueva Zelanda, para compararlos con el ordenamiento europeo. (S.L.M.)

BAN, G.: «L'estensione del pignoramento ai frutti», *RDC*, 2022, núm. 4, pp. 719-744.

Análisis de Derecho comparado de la extensión del derecho de prenda a los frutos de la cosa pignorada: artículo 2912 CC italiano, y sus análogos en el derecho alemán, 865 ZPO, 1120 BGB. (M.R.D.R.)

BARTOCCI, U.: «Attività creative e prime forme di tutela. Appunti in margine ad una riflessione storica di un filologo: Giacomo Leopardi», *Dir. Aut.*, 2022, núm. 2, pp. 241-258.

El estudio es una reflexión sobre la actividad creativa de los autores y las formas de tutela, con ocasión del pensamiento del filólogo Giacomo Leopardi. Tras hacer algunas anotaciones paleográficas y filológicas, el autor pone de manifiesto la incapacidad humana de elaborar una solución normativa a los problemas planteados por el derecho de autor. (S.L.M.)

BASUNTI, C.: «La donazione di beni altrui: le incertezze sulla sua qualificazione», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1334-1344.

Estudio sobre la donación de bienes ajenos, que no está prohibida por la legislación italiana pero tampoco se regula expresamente. El autor se propone analizar los efectos que una donación *a non domino* puede tener: aunque excluye que pueda tener un efecto traslativo inmediato, considera que puede considerarse una donación constitutiva de obligaciones y examina la jurisprudencia sobre su validez y su idoneidad como negocio *ad usucapionem*, concluyendo con el examen del momento en que se debe entender producida la transmisión del dominio. (C.C.S.)

BENABDESLAM, L.: «Originalité et nouveauté: origine et évolution d'une confusion», *RIDA*, 2022, núm. 273, pp. 29-49.

El objeto de estudio de este trabajo es un tema que ha generado una gran confusión a lo largo del tiempo: la distinción entre originalidad y novedad, como requisitos para que una creación obtenga la protección por el derecho de autor. La autora comienza el artículo haciendo un análisis histórico de la cuestión. A continuación, se adentra en la progresiva diferenciación entre la originalidad y la novedad, para acabar admitiendo que, en la práctica, a veces ambos conceptos confluyen, sobre todo en el ámbito de las obras de arte aplicado. En el apartado de conclusiones, propone algunas soluciones para superar las dificultades que plantea distinguir ambos conceptos. (*S.L.M.*)

BILOTTI, E.: «Costruzione sul suolo del convivente e arricchimento senza causa», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 848-857.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 16 de febrero de 2022, núm. 5086, concerniente al derecho al reembolso de las mejoras hechas por uno de los convivientes en el inmueble de la pareja. La posición del Tribunal, que reduce la aplicación del artículo 936 del *Codice civile* a las mejoras hechas por tercero sin relación con el propietario para luego reconducir el derecho de reembolso a la institución del enriquecimiento sin causa, es criticada por el autor, que no considera que haya buenas razones para excluir el juego de aquel artículo y que entiende que el supuesto de hecho de ambos casos es diverso. (*C.C.S.*)

BOCCHINI, F.: «Gli immobili di consumo. Contributo alla rimodulazione di un impianto», *CI*, 2022, núm. 2, pp. 370-389.

Artículo de escaso interés, en el que el autor se plantea la posibilidad de considerar los inmuebles como «bienes de consumo» a los efectos de aplicar a los negocios que recaen sobre ellos la normativa de protección de los consumidores y usuarios (*E.G.P.*)

CANNIZZARO, F.: «Tutele risarcitorie e tutele restitutorie del proprietario inerte: note a margine delle recenti ordinanze di rimessione alle sezioni unite in tema di danno da occupazione illegittima», *NLCC*, 2022, núm. 4, pp. 981-1009.

Análisis de la naturaleza de los daños derivados de la ocupación ilegal de bienes inmuebles, y la posibilidad de reparación automática del daño o sometida a prueba. (*M.R.D.R.*)

CARAPEZZA FIGLIA, G.: «Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 850-856.

Breve comentario de un auto del Tribunal de Palermo de 17 de febrero de 2021, que revisa las restricciones impuestas cautelarmente a un fundo para limitar las inmisiones sonoras causadas a los vecinos. El autor analiza los criterios para determinar si las inmisiones entre fundos deben considerarse tolerables o no y cómo se debe proceder en caso de que no lo sean, reconociendo el valor constitucional del derecho a la salud, pero distinguiendo según la actividad nociva persiga un interés económico u otros intereses dignos de protección. (*C.C.S.*)



CARICATO, C.: «Possesso e detenzione: le incertezze dell'animus e la certezza del titolo», *RDC*, 2022, núm. 4, pp. 653-672.

Revisión de la figura de la posesión, a propósito de una sentencia Cass. 20 noviembre 2020, n. 26521, en la que se abandona el criterio incierto del animus como fundamento de la posesión en los supuestos de usucapión, a favor del criterio de apariencia o manifestación objetiva, a falta de título que legitime la atribución de un derecho. (*M.R.D.R.*)

FAIDHERBE, J.: «L'attribution aux associations caritatives d'objets placés sous main de justice devenus propriété de l'État», *GP*, 2022, núm. 23, pp. 11-13.

El autor analiza la facultad de los tribunales franceses de decidir destinar determinados bienes puestos en poder de los tribunales y que hayan pasado a ser propiedad del Estado a asociaciones de caridad. A través de este sistema se promueve la gestión de bienes de poco valor y el apoyo a la actividad social de las organizaciones benéficas. (*R.A.R.*)

GIULIANO, M.: «Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della *blockchain*. Parte prima», *NGCC*, 2021, núm. 5, pp. 1214-1226.

Primera mitad de un trabajo más amplio sobre el concepto de «cosas» en el *Codice civile italiano*, que aboga por su ampliación para poder reconducir a él algunas nuevas creaciones digitales. En concreto, el autor sostiene que la tecnología de *blockchain*, que permite individualizar archivos electrónicos, introduce la escasez y la facultad de exclusión en el mundo digital, con lo que se abre la puerta a considerar algunas informaciones como cosas, argumento que apuntala con el ejemplo del dinero como un bien que se ha ido desmaterializando progresivamente. (*C.C.S.*)

— «Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della *blockchain*. Parte seconda», *NGCC*, 2021, núm. 6, pp. 1456-1466.

Continuación del trabajo que ahonda en la necesidad de redefinir el concepto civil de «cosa» para dar cabida a los productos de la tecnología de *blockchain*. Esta segunda parte profundiza en las criptomonedas y otros criptoactivos, explicando su evolución y caracterizándolos como auténticas cosas, para concluir con una breve exposición de su régimen jurídico bajo la regulación actual en tanto bienes fungibles, consumibles, inmateriales y compuestos. (*C.C.S.*)

GLANCIA MADINDA, A.: «L'exception de fouille de textes et de données dans la directive DAMUN: avis de tempête sur le droit d'auteur», *RIDA*, 2022, núm. 273, pp. 5-27.

El autor hace un análisis de la excepción sobre minería de textos y datos establecida en la Directiva 2019/790, sobre derecho de autor en el mercado único digital. Tras comentar brevemente la génesis de esta norma comunitaria y unos conceptos básicos relativos a la minería, el autor entra de lleno en el estudio de la excepción y su transposición en el Derecho francés. En la primera parte del artículo, el autor alude a la amplitud con que la excepción ha sido incorporada, con el fin de promover el desarrollo científico, si bien pone de manifiesto que su alcance va más allá de la legislación nacional. En la segunda parte del trabajo, se plantea cómo la excepción erosiona los derechos de los

autores, tanto los morales como los patrimoniales. Al final, el autor destaca el equilibrio tan frágil que se consigue con esta excepción entre los derechos de los autores y los intereses de los investigadores, algo que, a su juicio, deberá perfeccionarse en futuras reformas. (S.L.M.)

GRISAFI, R.: «L'equilibrio instabile degli accordi a carattere solutorio e compensativo nella risoluzione della crisi coniugale tra interpretazione giurisprudenziale e scelte legislative», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1617-1651.

El trabajo se centra en el análisis de la validez de los pactos privados entre los cónyuges, realizados para regular aspectos patrimoniales en el divorcio, así como en la determinación de si su eficacia es real u obligatoria o en la determinación de si pueden producir la transmisión de la propiedad. Para ello, se lleva a cabo una comparación entre la jurisprudencia existente y las modificaciones legislativas en materia de resolución alternativa de conflictos familiares, a fin de determinar si tales cambios son realmente positivos. (A.M.M.)

GUARNERI, A.: «Sulla *vexata quaestio* dell'usucapione del compossessore», *NGCC*, 2021, núm. 6, pp. 1467-1481.

Ensayo que, con ocasión de la sentencia de la *Corte d'Appello* de Milán de 7 de julio de 2021, núm. 2152, profundiza en el problema de la usucapión por uno de los coposeedores, particularmente problemática entre coherederos. El autor retrotrae el problema a la propia noción de coposesión, exponiendo las diversas teorías sobre su naturaleza y su evolución histórica, para luego desgranar las normas del *Codice civile* y su interpretación doctrinal y jurisprudencial, en busca de los requisitos de la posesión apta para la usucapión como propietario único. (C.C.S.)

KILGUS, N.: «Le droit réel sui generis: plaidoyer pour une utilisation décomplexée... et raisonnée», *RTDC*, 2022, núm. 3, pp. 515-538.

Estudio sobre los derechos reales atípicos y sui generis por razón de su objeto, en concreto, de los derechos reales de goce, como el usufructo. (R.A.R.)

MARONGIU, D.: «Il diritto d'autore sui contenuti pubblicati in internet dagli enti pubblici», *Dir. Aut.*, 2022, núm. 2, pp. 217-240.

Este trabajo tiene por objeto estudiar el derecho de autor sobre los contenidos publicados en Internet por las entidades públicas. En especial, trata el caso del derecho de autor sobre los documentos oficiales de tales entidades y sobre las bases de datos que los contienen. Tras incidir en las obras que son propiedad de las entidades públicas y que están dispersas en la red, alude el autor a la propiedad de los datos públicos, así como a la licencia necesaria para el uso de los mismos, planteando la aplicación de las licencias *Creative Commons* en estos casos. (S.L.M.)

MONNIER, S.: «L'indemnisation du préjudice subi par le détenteur de bonne foi d'un bien culturel faisant l'objet d'une action en revendication», *SJ*, 2022, núm. 43-44, pp. 1999-2002.

El autor analiza el contenido de la indemnización que corresponde a un poseedor de buena fe de un bien cultural cuando es vencido por una reivindicatoria. (R.A.R.)

MONTANARI, A.: «Arte e diritto: performance artistica e diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2022, núm. 3, pp. 389-412.

El autor analiza la relación entre el arte y el derecho, en particular, su protección a través del derecho de autor. Dedicar una buena parte de su estudio a las obras de arte performativas y su encaje dentro de la propiedad intelectual. (S.L.M.)

OOSTERLYNCK, E.: «La curieuse protection du tiers garant depuis la réforme des sûretés», *RDI*, 2022, núm. 9, pp. 440-443.

La nueva reforma en materia de garantías ha variado la forma de protección del tercero garante, siendo ésta bastante particular. (R.A.R.)

PALADINI, M.: «Ipoteca, assegnazione della casa familiare e presunta abrogazione "tacita" dell'art. 6, comma 6.º, l. n. 898/70», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1083-1091.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 15 de abril de 2022, núm. 12387, que considera inoponible a terceros, y en particular al acreedor hipotecario, la asignación de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en el proceso de divorcio. El autor, además de advertir de que la cuestión es irrelevante para la resolución del conflicto en cuestión, critica la decisión de Tribunal, basada en la supuesta derogación tácita del precepto de la ley de divorcio que prevé la oponibilidad de dicha asignación a terceros, aportando argumentos prácticos y teóricos en contra de esta tesis. (C.C.S.)

SERVANZI, R.: «Le estrazioni di testo e di dati», *NLCC*, 2022, núm. 5, pp. 1151-1184.

Análisis de la problemática de la extracción y utilización de texto y datos de obras protegidas por la propiedad intelectual. (M.R.D.R.)

SIROTTI GAUDENZI, A.: «Danno da violazione del diritto d'autore e retroversione degli utili nelle recenti letture della Suprema Corte», *Dir. Aut.*, 2022, núm. 2, pp. 205-216.

El autor hace un análisis de la interpretación elaborada por la Corte Suprema de Casación italiana, en su sentencia de 29 de julio de 2021, sobre el artículo 158 de la Ley de Derecho de Autor, que se refiere a la acción de indemnización de los daños y perjuicios derivados de las infracciones a los derechos de explotación. En uno de los apartados, hace una comparativa entre este precepto y el artículo 125 del Código de Propiedad Industrial. (S.L.M.)

STELLA, M.: «Responsabilità degli internet providers: rifrazioni dell'onere della prova», *RDC*, 2022, núm. 5, pp. 838-861.

Observaciones sobre los criterios de reparto de prueba en los supuestos de responsabilidad civil de los proveedores de servicios de internet por ilícitos contra el derecho de propiedad intelectual e industrial. (M.R.D.R.)

SYNODINOU, T. E.: «La parodie comme forme de liberté d'expression en droit européen du droit d'auteur: évolutions et perspectives», *RIDA*, 2022, núm. 274, pp. 3-27.

La autora de este trabajo analiza la parodia como una excepción al derecho de autor, justificada en el Derecho europeo por la libertad de expresión.

Estudia el impacto que la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014, sobre el caso *Deckmyn*, tuvo en la doctrina a la hora de interpretar los requisitos necesarios para aplicar la excepción y, sobre todo, en el delicado equilibrio entre el derecho de autor y la libertad de expresión. Dedicar la última parte del artículo a la aplicación de la excepción en el ámbito digital, a raíz del artículo 17.7 de la Directiva sobre derecho de autor en el mercado único digital. (S.L.M.)

VALARD, O.; PASQUIER-MIGNOT, L., y ILLHÉ, R.: «La théorie du terrain procuré et les risques encourus», *RDI*, 2022, núm. 9, pp. 444-453.

Estudio sobre la teoría del terreno proporcionado y sus posibles riesgos jurídicos. (R.A.R.)

VAUTHIER, M.: «Transactions immobilières: quelle réponse du rédacteur d'acte face à la volatilité de la valeur des actifs immobiliers ? », *GP*, 2022, núm. 38 especial, pp. 50-52.

El pasado 11 de julio, la Asociación de Abogados Mandatarios en Transacciones Inmobiliarias (AAMTI) organizaba su congreso anual sobre el tema «Bienes inmuebles e inflación». Uno de los temas fue el análisis del riesgo inminente de una fuerte variación (o volatilidad) del valor de la moneda y de los bienes inmuebles, y la responsabilidad que de ello se deriva para el encargado de minimizar los riesgos. Este estudio va precedido del análisis de las perspectivas económicas que lo justifican. (R.A.R.)

## DERECHO DE FAMILIA

AA.VV.: «Discussioni. Assegno divorzile e nuova convivenza del beneficiario», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 203-233.

Bajo la rúbrica «Discusiones» se incluyen cuatro breves textos que, tomando como referencia la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 5 de noviembre de 2021, núm. 32198, abordan la cuestión de la pensión compensatoria del excónyuge en caso de iniciar una nueva convivencia *more uxorio*. Desde distintas perspectivas, se analizan los fundamentos, consecuencias y aspectos problemáticos de aquel pronunciamiento del tribunal, que reconoce una doble función asistencial y compensatoria a la pensión del excónyuge, con lo que una nueva convivencia no conllevaría automáticamente la extinción de aquella. (C.C.S.)

BENANTI, C.: «L'assegno divorzile con funzione perequativo-compensativa interviene soltanto per correggere uno spostamento patrimoniale ingiustificato», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1250-1256.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 21 de abril de 2022, núm. 12800, que vuelve a pronunciarse sobre la pensión de manutención en casos de crisis matrimonial. Con ocasión de dicha sentencia, la autora se detiene en el carácter igualador-compensativo de la pensión, que sirve para corregir un desplazamiento patrimonial sin causa consistente en la renuncia a oportunidades profesionales o posibles ingresos en interés de la familia, y en la distribución de la carga de la prueba. (C.C.S.)

BLOQUEL, B.: «Règlement Bruxelles II ter, mode d'emploi», *GP*, 2022, núm. 24 especial, pp. 39-43.

El Reglamento (UE) núm. 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, «relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como a la sustracción internacional de hijos», entró en vigor el 22 de julio de 2019, y se aplicará a partir del 1 de agosto, a las acciones judiciales entabladas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva registrados y a los acuerdos celebrados. La autora entiende que es necesario elaborar un manual para los profesionales del derecho de familia. (R.A.R.)

BUZZELLI, D.: «Sulle modalità del mantenimento dei figli nella crisi della coppia genitoriale», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 496-502.

Análisis crítico de la jurisprudencia sobre el cuidado de los hijos durante la crisis matrimonial de los padres. Se destaca cómo, frente al tradicional deber de mantenimiento indirecto de uno de los progenitores mediante la contribución económica al sostenimiento de los hijos, desde la reforma operada por la Ley 54/2006 se impone la colaboración de ambos progenitores y el derecho del menor a mantener una relación equilibrada y continuada con los dos. (C.C.S.)

CINQUE, M.: «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1013-1031.

Comentario a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 28 de marzo de 2022, núm. 79, que decreta la inconstitucionalidad parcial del artículo 55 de la *Legge sull'adozione*, al disponer, por remisión, que a través de la adopción no surgen vínculos civiles entre el adoptado y la familia del adoptante. La comentarista se muestra crítica con la sentencia, señalando algunos defectos en su razonamiento y apuntando a los problemas de coordinación que pueden resultar de la declaración de inconstitucionalidad, y señala su impacto en la adopción de los nacidos por gestación subrogada. (C.C.S.)

CLARKE, J.: «Sex assigned at birth», *Colum. L. Rev.*, 2022, vol. 122, núm. 7, pp. 1821-1898.

La identificación de los derechos de las personas transgénero pivota sobre la distinción entre «identidad de género» y «sexo asignado al nacer»; además la designación de masculino o femenino se realiza en función de la asignación que realizan los médicos en función de los genitales, aspecto que para la autora no necesariamente coincide con el «sexo biológico», ya que este último no sería estrictamente un aspecto estático o binario. Puesto que la identidad de género tendría también aspectos biológicos, la autora se centra en el estudio de estos aspectos desde un punto de vista histórico y al mismo tiempo conceptual. Así, la idea de «sexo biológico», a diferencia de la identidad de género, no es una categoría científica o legal tradicional, sino controvertida. Además, el «sexo asignado al nacer» no podría reconducirse a un eufemismo de «sexo biológico», sino una crítica del concepto mismo, puesto que «sexo» podría definirse de muchas maneras. (A.F.)

CORSO, S.: «Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo», *NGCC*, 2022, núm. 3, pp. 609-620.

Comentario a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 23 de diciembre de 2021, núm. 252, que se pronuncia sobre el requisito de estar casado para adoptar previsto en la normativa italiana como regla general. El autor explica la problemática de este requisito, sobre todo en el ámbito de la adopción internacional, y argumenta en favor de la eliminación de este requisito por el legislador. (C.C.S.)

DANOVI, F.: «La coordinazione genitoriale nella crisi della famiglia: stato dell'arte e prospettive future», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1023-1045.

A partir de una crítica a la vía judicial de resolución de conflictos en el caso de crisis familiar, así como de su posible seguimiento o supervisión de la mano de los servicios públicos de asistencia social, el autor propone la figura de un mediador familiar o coordinador de los progenitores, como tercero que puede ayudarlos a adoptar las decisiones que mejor respondan al interés de los hijos de la pareja en crisis. (A.M.M.)

DE CRISTOFARO, G.: «Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia” (D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari», *NLCC*, 2022, núm. 6, pp. 1407-1460.

Análisis de los problemas de procedimiento que surgen con la adaptación por el d.lgs. 10 ottobre 2022, n.149, de la l. 26 novembre 2021, n. 206 en relación con las relaciones familiares. (M.R.D.R.)

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «La nozione di “disequilibrio” nell'assegno di separazione e divorzio (una rielaborazione concettuale da parte della giurisprudenza)», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1563-1588.

El autor analiza la jurisprudencia relativa al artículo 97 del Código civil español en relación con el concepto de «desequilibrio», como presupuesto necesario para el reconocimiento de una prestación en caso de separación o divorcio. (A.M.M.)

DI MASI, M.: «Interesse del minore e rigore argomentativo dei giudici al di là della PAS», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 867-879.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 24 de marzo de 2022, núm. 9691, que resuelve un caso de retirada de la custodia de un hijo a su madre por recomendación de los servicios técnicos. El autor ensalza la solución del Alto Tribunal, que exige motivar debidamente las sentencias atendiendo en todo caso al interés superior del menor, y critica la tendencia de algunos Tribunales a remitirse a la opinión de los psicólogos peritos sin valoración crítica alguna. (C.C.S.)

DONATI, P.: «Il diritto di famiglia come diritto relazionale», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1652-1681.

En la actualidad, el concepto de familia engloba una realidad compleja, fruto de las transformaciones sociales que se han ido produciendo y consolidando en los últimos años y que inciden en la comprensión de esta institución básica en nuestra sociedad. Para abordar esta realidad, el autor identifica la teoría relacional de la sociedad como punto central del concepto actual de

familia y de su normativa reguladora, situando a la familia como un bien común relacional. A partir de ello, extrae diversas consecuencias que explican la posición de los individuos en la familia y el propio papel de ésta en la sociedad, propugnando la necesidad de cambios normativos que contemplen esta realidad social relacional. (A.M.M.)

FAZZERI, G.: «Adozione mite e piena: quale tutela per i minori?», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1329-1352.

Con ocasión del análisis de dos sentencias de la *Corte Suprema di Cassazione* italiana sobre adopción, el trabajo estudia la regulación sobre las dos formas de adopción reconocidas –la plena y la menos plena (mite)– de forma crítica y desde la perspectiva de la protección del interés del menor. (A.M.M.)

FINESSI, A.: «Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi particolari», *RDC*, 2022, núm. 6, pp. 1027-1053.

Estudio sobre el interés superior del menor en el procedimiento de adopción, teniendo en cuenta las particularidades de las relaciones afectivas de los adoptantes, derivadas de la evolución social y cultural: convivientes del mismo y distinto sexo, uniones de hecho, relaciones de parentesco según la relación de convivencia, etc. Efectos con relación al establecimiento del vínculo de filiación. (M.R.D.R.)

GIOANNI, P.: «L'incrimination d'insolvabilité frauduleuse, enfant pauvre du divorce déjudiciarisé», *GP*, 2022, núm. 21, pp. 12-14.

La naturaleza jurídica del divorcio extrajudicial tras la Ley de 18 de noviembre de 2016 de modernización de la justicia del siglo XXI excluye la infracción de organización o agravamiento fraudulento de insolvencia del deudor de alimentos, lo que no favorece al acreedor. Por ello es necesario ajustar la penalización de estos casos. (R.A.R.)

GRISAFI, R.: «L'equilibrio instabile degli accordi a carattere solutorio e compensativo nella risoluzione della crisi coniugale tra interpretazione giurisprudenziale e scelte legislative», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1617-1651.

El trabajo se centra en el análisis de la validez de los pactos privados entre los cónyuges, realizados para regular aspectos patrimoniales en el divorcio, así como en la determinación de si su eficacia es real u obligatoria o en la determinación de si pueden producir la transmisión de la propiedad. Para ello, se lleva a cabo una comparación entre la jurisprudencia existente y las modificaciones legislativas en materia de resolución alternativa de conflictos familiares, a fin de determinar si tales cambios son realmente positivos. (A.M.M.)

IEVA, L.: «L'accesso agli atti ex lege 241/1990 tra rapporti fiscali e rapporti post-matrimoniali», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1822-1852.

El trabajo aborda el estudio de la facultad de acceso a los documentos tributarios, en el contexto de procesos matrimoniales, que reconoce la Ley n. 241 de 1990 para determinar y reconstruir fiablemente la situación económica y de ingresos de los cónyuges, frente a las declaraciones juradas que estos presentan. En concreto, se toma en consideración la aplicación de esta norma en la práctica jurisprudencial, así como su importancia e incidencia sobre el proceso matrimonial. (A.M.M.)

LENTI, L.: «Impugnazione del riconoscimento e termini di decadenza», *NGCC*, 2021, núm. 6, pp. 1367-1378.

Comentario a la sentencia de la *Corte costituzionale* de 12 de mayo de 2021, núm. 133, relativa a los plazos de la acción de impugnación de la filiación por reconocimiento. La reforma operada por la Ley de 10 de diciembre de 2012, núm. 219, introdujo un plazo de caducidad de un año para la acción de quien reconoce al hijo, a contar desde la inscripción o desde que se tuviera conocimiento de la esterilidad, y otro de cinco años para terceros interesados, desde la inscripción. El tribunal da su visto bueno a los plazos señalados por el legislador, pero reinterpreta el *dies a quo* en el sentido de que, junto al descubrimiento de la esterilidad, también puede empezar a contarse cuando concurren otras circunstancias que apunten claramente a la falta de vínculo biológico. (C.C.S.)

MARINO, C.: «Le Sezioni Unite si pronunciano sul rapporto tra giudicato di divorzio e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale», *NGCC*, 2021, núm. 5, pp. 1131-1144.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 31 de marzo de 2021, núm. 9004, relativa a los efectos de la declaración de nulidad matrimonial por un tribunal eclesiástico sobre un proceso judicial de divorcio preexistente, cuestión que se revela problemática sobre todo en el ámbito patrimonial al ser diversos en Italia los efectos de la nulidad y del divorcio. Tras resumir la evolución de la jurisprudencia sobre la cuestión, que concluye con el reciente reconocimiento de la total independencia y compatibilidad de ambos procesos, la autora critica esta tesis y sostiene la existencia de una cierta prejudicialidad entre ambos procesos. (C.C.S.)

MICHELIN BRACHET, H.: «Logement et contribution aux charges du mariage: la saga continue !», *SJ*, 2022, núm. 37, pp. 1669-1672.

El derecho a la vivienda y su reflejo en la contribución a las cargas del matrimonio por los cónyuges. (R.A.R.)

MINEO, J.: «Gli accordi preventivi della crisi coniugale: evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni prospettiche», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1708-1732.

Los pactos en previsión de la crisis conyugal son objeto de examen en este artículo, desde la perspectiva de la evolución de la jurisprudencia sobre el tema y de la reflexión sistemática sobre su admisibilidad, en vista de los diversos derechos de los cónyuges que pueden verse afectados por el acuerdo. (A.M.M.)

POLLET, D.: «Le choix de son avocat par un majeur en déficit cognitif», *GP*, 2022, núm. 28, pp. 11-13.

La Ley de fomento de la confianza en la institución judicial prevé, entre otras cosas, el fortalecimiento de la disciplina de los abogados para restablecer la confianza del público en la justicia. Esta novedad podría ponerse también al servicio del necesario refuerzo de la confianza que los magistrados y mandatarios que ejercen en el ámbito de las «tutelas» depositan en los abogados que defienden a los mayores vulnerables. (R.A.R.)

PREVITI, S.: «L'abuso del diritto e gli atti dispositivi della casa familiare: un possibile rimedio?», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 380-387.

Crítica a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 30 de septiembre de 2021, núm. 26541, que aborda la doctrina del abuso de derecho en relación



con los actos dispositivos de la vivienda familiar. En concreto, el cónyuge propietario la enajenó a un pariente, quien constituyó un comodato a favor del matrimonio para luego extinguirlo cuando se asignó su uso al otro cónyuge en el divorcio. La autora advierte de la tendencia jurisprudencial a huir del Derecho positivo en favor de cláusulas generales como el abuso de derecho, y señala que el mismo resultado podría haberse obtenido a través de la prohibición del fraude de ley y del fraude a terceros. (C.C.S.)

QUADRI, E.: «Diritto all'assegno di divorzio e convivenza: alla ricerca di una soluzione coerente», *NGCC*, 2021, núm. 4, pp. 883-891.

Trabajo que analiza la extinción de la pensión que percibe uno de los cónyuges tras el divorcio por unirse a una nueva pareja de hecho. Apoyándose en la extendida opinión doctrinal de que esta pensión no tiene una finalidad meramente asistencial, sino también compensatoria de los desequilibrios económicos resultantes de las decisiones tomadas por los excónyuges durante el matrimonio, el autor razona que la extinción no debe operar automáticamente, sino que la pensión puede pervivir en algunos casos, modulada según las circunstancias concurrentes, sin dejar de reconocer las limitaciones que encuentra esta concepción de la pensión en la regulación vigente. (C.C.S.)

— «Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente», *NGCC*, 2021, núm. 6, pp. 1390-1414.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 5 de noviembre de 2021, núm. 32198, relativa a la extinción de la pensión compensatoria por convivir el excónyuge que la percibe con una nueva pareja. En ella el tribunal reitera la finalidad dual, asistencial y compensatoria, de dicha pensión, y confirma que una nueva convivencia no conlleva la extinción automática e íntegra de la pensión, debiéndose liquidar el componente compensatorio. Para el cálculo de este componente la sentencia apunta como criterios orientativos, no solo al sacrificio de las expectativas profesionales de uno de los cónyuges, sino también a su contribución al hogar y la duración del matrimonio, además de establecer algunas reglas de distribución de la carga de la prueba. (C.C.S.)

RENNA, M.: «Dichiarazione giudiziale di paternità e anonimato materno», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 388-395.

Análisis de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 26 de noviembre de 2021, núm. 37023, que aborda la posibilidad de establecer judicialmente la filiación respecto del padre en contra de su voluntad. El recurrente había sostenido la inconstitucionalidad de la ley por el distinto trato que da a la madre (que tiene derecho al parto anónimo) y al padre (que no puede evitar la declaración de la filiación). El autor analiza los intereses en juego en ambos casos y por qué la pretensión del padre no merita el mismo trato. (C.C.S.)

ROMA, U.: «Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: dopo otto anni, una nuova esegesi di Cass., sez. un., n. 16379/2014», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1257-1266.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 1 de junio de 2022, núm. 17910, que se pronuncia sobre los efectos civiles de las sentencias de

nulidad matrimonial de los Tribunales eclesiásticos. El comentarista compara este nuevo pronunciamiento con una sentencia anterior, de 17 de julio de 2014, núm. 16379, y concluye que con el auto comentado la Corte hace una interpretación correctiva de la jurisprudencia sentada antes, de tal modo que la convivencia conyugal no impide la declaración de nulidad del matrimonio por vicios en su celebración. (C.C.S.)

SAVI, G.: «L'istituzione del tribunale per la persona e le relazioni familiari», *DFP*, 2022, núm. 3, pp. 1215-1251.

El trabajo se centra en las propuestas de reforma en materia de tribunales civiles y, en concreto, en la futura creación de un tribunal para materias relativas a persona, menores y familia. Se lleva a cabo un análisis crítico de las características y estructura del órgano proyectado, poniendo de relieve sus pros y sus contras, así como las alternativas existentes para cubrir la necesidad de atender a este tipo de procesos cada vez más numerosos. (A.M.M.)

— «Il “compenso” all'ex coniuge, ovvero l'assegno divorzile avvolto dalle nebbie di stagione», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1748-1791.

El artículo analiza desde una perspectiva crítica la evolución jurisprudencial sobre la compensación por divorcio, poniendo de relieve las incoherencias derivadas de la naturaleza de la relación matrimonial y los cambios generados por la evolución social y los nuevos modelos familiares. (A.M.M.)

SENIGAGLIA, R.: «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della corte costituzionale n. 79/2022», *NLCC*, 2022, núm. 5, pp. 1333-1354.

Análisis de la sentencia de la Corte costituzionale n. 79/2022 y la evolución de la adopción, en relación con el tema del asentimiento en la adopción y la figura de la revocación. (M.R.D.R.)

— «Vita familiare e minori. A trent'anni da “Diritto comunitario e legalità costituzionale” di Pietro Perlingieri», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1505-1527.

Este trabajo propone una aplicación práctica de la teoría de Pietro Perlingieri tanto al derecho a la vida privada y familiar como al papel fundamental del interés superior del menor, tal como están reconocidos en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Se plantea el posible reconocimiento y límites a la fijación de un estatuto familiar en el ámbito europeo, frente a las divergencias nacionales actuales. (A.M.M.)

VECCHI, F.: «Istanze neoformaliste negli orientamenti della cassazione civile in tema di riconoscimento della nullità delle sentenze matrimoniali canoniche», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1682-1707.

El artículo plantea una reflexión sobre las posibles incoherencias sistemáticas derivadas de la jurisprudencia italiana sentada en el año 2014, que consolidó el criterio de la convivencia prolongada o «cualificada» tras la celebración del matrimonio como factor indispensable, dentro de los que se consideran de orden público, para impedir el reconocimiento de la nulidad de la sentencia matrimonial canónica. (A.M.M.)

## DERECHO DE SUCESIONES

BILOTTI, E.: «L'accrescimento ereditario secondo Renato Scognamiglio. Ritorno al futuro», *RDC*, 2022, núm. 4, pp. 629-652.

Estudio sobre el derecho de acrecer en la normativa sucesoria del Ordenamiento jurídico italiano: carácter legal o voluntario y sus efectos en el sistema sucesorio. (*M.R.D.R.*)

— «La rinuncia all'eredità del chiamato possessore e il sistema dell'amministrazione dei beni ereditari», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 909-917.

Estudio crítico de la jurisprudencia sobre la posibilidad de inventariar o renunciar a la herencia cuando el heredero toma la posesión de los bienes. El autor advierte de la existencia de pronunciamientos contradictorios en la jurisprudencia mayor y menor, para luego desgranar los argumentos esgrimidos para limitar aquellas facultades del heredero poseedor. El artículo concluye que el llamado tiene en estos casos una posición de «curador de la herencia», con deberes de conservación e inventariado, aunque considera excesiva la postura de la *Corte di Cassazione*. (*C.C.S.*)

DE FRANCESCO, F., «La successione *mortis causa* nei rapporti contrattuali: spunti interpretativi sull'art. 2-terdecies Codice *privacy* e sull'eredità "digitale"», *CI*, 2022, núm. 2, pp. 640-681.

A diferencia del español (cfr. art. 1257 CC), el Código civil italiano no contiene una norma que prevea, de forma expresa, la sucesión *mortis causa* en las relaciones contractuales. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que ésa es la regla general immanente al sistema, de la que únicamente cabría exceptuar aquellos contratos que —con una terminología que al autor no le parece del todo precisa— podríamos denominar *intuitu personae*. El trabajo analiza las posibles modificaciones convencionales de esta regla y sus excepciones, mediante la previsión de cláusulas de intransmisibilidad o de transmisibilidad y, a continuación, se ocupa de los problemas que plantea la sucesión en los «contratos digitales». Problemas que, en buena medida, soluciona el artículo 2 *terdecies* del denominado *Codice della Privacy* (d. lg. núm. 196, de 30 de junio de 2003), conforme al cual los derechos de acceso, rectificación o supresión referidos a datos personales de personas fallecidas podrán ser ejercitados por quien tenga un interés propio o actúe en defensa del interesado, en condición de mandatario, o por razones familiares dignas de protección (cfr. art. 3.1 LOPD). (*E.G.P.*)

GUARNIERI, D.: «Se il legittimario in pectore abbia il diritto di opporsi ad una liberalità "occulta" (previo esperimento, se del caso, dell'azione di simulazione)», *DFP*, 2022, núm. 4, pp. 1356-1385.

Al hilo de una sentencia de la *Corte Suprema di Cassazione*, que reaviva el debate respecto de la aplicación del artículo 563 del Código civil italiano a las donaciones indirectas o encubiertas, se estudian los instrumentos que pueden invocarse por los legitimarios antes de la apertura de la sucesión. (*A.M.M.*)

GUIGUET-SCHIELÉ, Q.: «Comment retrancher un avantage matrimonial ?», *GP*, 2022, n.º extra du 6 décembre 2022, pp. 38-42.

La restricción de un beneficio matrimonial no es conocida y, sin embargo, es un procedimiento esencial para garantizar el equilibrio de los intereses en presencia: los del cónyuge beneficiario de la ventaja y los de los descendientes del causante. (R.A.R.)

MAZZARIOL, R.: «Contratto di assicurazione sulla vita e designazione degli “eredi” quali beneficiari», *NGCC*, 2021, núm. 5, pp. 1094-1105.

Comentario crítico a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 30 de abril de 2021, núm. 11421, que aborda el problema de la identificación de los «herederos legítimos» designados como beneficiarios de la póliza de un seguro de vida y de sus respectivas cuotas. Al tratarse de un negocio celebrado en vida, pero cuyo efecto se difiere al momento de la muerte, se plantea el problema de identificar el momento relevante para determinar quiénes son los beneficiarios y qué tipo de derecho tienen, que el autor propone se formule como un problema de interpretación de la voluntad del tomador. (C.C.S.)

MIRABAIL, S.: «L’indignité successorale: de la cohérence à l’incohérence !», *GP*, 2022, núm. 26, pp. 17-19.

En 2001, el legislador instituyó, en materia de indignidad hereditaria, en el artículo 726 del Código Civil los casos de indignidad legal y en el artículo 727 del mismo código los casos de indignidad facultativa. Era una regulación positiva y coherente. Sin embargo, la modificación de 2020 añadiendo un párrafo 2-bis al artículo 727, lejos de no afectar a la regulación de 2001 ha traído graves problemas de interpretación, pues se perdió coherencia y claridad de esta institución. (R.A.R.)

RAOUL-CORMEIL, G.: «Pas de testament mystique sans aptitude à relire le texte de ses dernières volontés», *SJ*, 2022, núm. 49, pp. 2251-2255.

La voluntad del testador es la ley que impera en el testamento. No obstante, a veces, pueden existir problemas a la hora de plasmarla. El autor señala como no existe voluntad testamentaria sin la capacidad de releer el testamento. (R.A.R.)

SEMPRINI, A.: «Legittima per equivalente: sistema ed evoluzione», *NGCC*, 2021, núm. 6, pp. 1444-1455.

Trabajo a favor de una reforma del Derecho de sucesiones italiano que permita el pago por equivalente de la legítima. En la regulación vigente, el legitimario tiene derecho a exigir el pago de su cuota en bienes hereditarios, pudiendo incluso pedir la reversión de donaciones y legados hechos a terceros, quienes no podrán pagar el equivalente económico de lo recibido salvo cuando no les sea posible restituir lo recibido. El autor critica la inseguridad jurídica que genera esta regla, que tacha de obsoleta, y resalta las excepciones introducidas por el legislador y otros indicadores que apuntan a la necesidad de modificar la regla, ofreciendo algunas posibilidades de *lege ferenda*. (C.C.S.)

## VARIA

AA.VV.: «Les nouvelles figures contractuelles relatives au procès», *SJ*, 2022, núm. 49 extraordinario.

Número dedicado al estudio sobre los acuerdos relativos a la finalización de un proceso: su naturaleza jurídica. Comparación de tales acuerdos con la mediación. (*R.A.R.*)

ALPA, G.: «La solidarietà nel diritto privato europeo: Spunti e problemi», *RTDPC*, 2022, núm. 4, pp. 993-1028.

Reflexión sobre las discusiones sobre el principio de solidaridad, desde la perspectiva del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales, la visión del Tribunal de Derechos Humanos y la normativa de los Estados miembros. (*M.R.D.R.*)

— «Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali», *CI*, 2022, núm. 2, pp. 361-369.

El pasado 8 de febrero de 2022, la *Camera dei Deputati* aprobó la Ley de reforma de la Constitución italiana (*GU*, núm. 44, de 22 de febrero), que modifica los artículos 9 y 41 a fin de introducir en el texto de la Carta Magna la protección del medio ambiente y de los animales. El autor se felicita por la iniciativa, que sitúa a Italia en línea con el resto de Estados miembros de la Unión Europea [por cierto que, en España, el «derecho al medioambiente» no es, como dice ALPA, un derecho fundamental (p. 365), sino un principio rector de la política social y económica]. Algo bueno de esta reforma es que no ha seguido la senda marcada por algunos países latinoamericanos (p. ej. Ecuador y Bolivia), que han optado por elevar a la naturaleza a la categoría de sujeto de derechos (un ejemplo reciente de esta deplorable técnica legislativa, que sí hemos empleado nosotros, es el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca por la Ley 19/2022, de 30 de septiembre). (*E.G.P.*)

BENATTI, F.: «Emoticons ed emoji: riflessioni dall'esperienza di *common law*», *NGCC*, 2022, núm. 3, pp. 722-730.

Trabajo que analiza el uso de emoticonos o emojis y, más ampliamente, el lenguaje propio de las redes sociales, y sus repercusiones en el mundo jurídico. El análisis pivota sobre ejemplos extraídos de la jurisprudencia de ordenamientos de *common law*, sobre todo en procesos de difamación a través de redes sociales, y advierte de las dificultades de interpretación de aquellos símbolos. (*C.C.S.*)

CADIET, L., y CHAINAIS, C.: «Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ? : Rapport sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence», *SJ*, 2022, núm. 34, pp. 1501-1505.

La digitalización ha entrado en el Derecho y ha revolucionado muchas de las tareas que se tenían que hacer. En este caso se analiza la difusión de las sentencias judiciales mediante internet y no en los repertorios escritos. (*R.A.R.*)

GIORGIANNI, M.: «“A wish to be in fashion”. Moda globale e comparazione giuridica», *CI*, 2022, núm. 2, pp. 516-536.

El artículo no tiene demasiado interés para el jurista. Tras una breve introducción acerca de los orígenes del llamado «Derecho de la moda», lo

que sigue es una divagación sobre los temas más variopintos: el papel de la moda en la sociedad, la sostenibilidad, el capitalismo, la globalización, etc. Todo ello, salpicado de anglicismos innecesarios (*dress code*, *supply chain*, *design* y, como no, el ubicuo *fashion*) y de neologismos tan manidos como poco ingeniosos (p. ej. «glocal» para describir lo que es, a un tiempo, global y local). (E.G.P.)

GUÉRANGER, F.: «Un secret médical à dimension variable», *GP*, 2022, núm. 30, pp. 8-10.

Utilizada frecuentemente en la prensa o por el público, la expresión «secreto médico» parece cubrir una noción judicial bien conocida. En realidad, se observa que el Tribunal de Casación presenta concepciones diferentes según las salas que lo componen, mientras que los textos, perfectamente claros, deberían evitar las desviaciones constatadas. Una de las cámaras ha llegado a crear un ser jurídico autónomo, un verdadero esparadrapo susceptible de apegarse a cualquier persona que se acerque demasiado al secreto médico. (R.A.R.)

LESLIE, Ch. R.: «Food Deserts, Racism, and Antitrust Law », *CLR*, 2022, vol. 110, núm. 6, pp. 1717-1776.

Análisis socio-jurídico del acceso a los productos alimentarios y a la alimentación sana en las zonas periféricas (definidas como «desiertos alimentarios») de los Estados Unidos. El autor amalgama en su análisis factores socio-jurídicos y económicos, dado que considera que, en determinados casos, esta situación es una manifestación de pactos raciales o de reglas proclives a lógicas empresariales que se alejan de una competencia perfecta y que rozan la ilegalidad al quebrantar la legislación antimonopolio. Como consecuencia, todo esto conduce a una menor accesibilidad a alimentos sanos que, además, en el caso de que puedan conseguirse no tienen precios competitivos. (A.F.)

MAUGERI, M.: «Ricodificare? Riflessioni in occasione dell'ottantesimo del codice civile», *CI*, 2022, núm. 3, pp. 739-751.

En marzo de 2019, el Gobierno italiano presentó al senado un Proyecto de Ley para la reforma del Código civil en materia de contratos. La autora se cuestiona la oportunidad de esta reforma tomando como referencia algunas de las materias que se pretenden modificar: los remedios frente a la modificación sobrevinida de las condiciones del contrato (*rebus sic stantibus*), el incumplimiento de las obligaciones de información en contextos de asimetría informativa y la introducción de nuevos tipos contractuales que gozan ya de una amplia difusión en el tráfico (v. gr.: las garantías autónomas). La conclusión a la que llega es que el Código de 1942 ha resistido bien el paso del tiempo y que su adaptación a estas nuevas realidades no exige una revisión completa, que, de llevarse a cabo, debería tener en cuenta toda otra serie de cuestiones no abordadas en la propuesta (v. gr.: la inteligencia artificial, la gestión y el análisis de los macrodatos o los contratos inteligentes). (E.G.P.)

OJALVO, D.: «Le “bouclier loyer” en matière commerciale, un sentiment d’inachevé», *GP*, 2022, núm. 37 especial, pp. 38-40.

El objetivo declarado de la Ley n.º 2022-1158, de 16 de agosto de 2022, sobre medidas de emergencia para la protección del poder adquisitivo, es

limitar el impacto de la inflación en el presupuesto de los hogares, La ley comprende tres conjuntos de medidas: la protección del nivel de vida, la protección de los consumidores y la soberanía energética. Entre tales medidas se recoge un límite a la variación del índice de referencia de los alquileres en un 3,5 %. (R.A.R.)

OLIVERO, L.: «Il mammut e la start-up: de-estinzione, beni culturali e condizione giuridica degli animali», *NGCC*, 2022, núm. 3, pp. 701-710.

Trabajo que analiza el régimen jurídico de los esfuerzos por recuperar especies extintas, especialmente cuando la iniciativa parte de empresas de biotecnología privadas, con el ejemplo del mamut. En concreto, se plantea el problema de la propiedad de los genes de mamut utilizados por dichas empresas, valorando la posibilidad de considerarlos como bienes muebles de valor histórico-paleontológico, y se advierte del deber de respetar las normas sobre experimentación animal y de equilibrar todos los intereses que pueden resultar afectados. (C.C.S.)

PASSARELLI, G.: «La metamorfosi dei social media. La rilevanza sociale nell'attuale agorà digitale di un servizio "privatistico"», *NGCC*, 2021, núm. 5, pp. 1195-1205.

Ensayo que profundiza en el papel de las redes sociales en la sociedad moderna, especialmente en su calidad de instrumentos para el ejercicio de algunos derechos fundamentales, como la libertad de opinión o la libertad de asociación. El autor propone tutelar tales derechos desde la normativa de condiciones generales, permitiendo la revisión de los términos y condiciones que puedan ser abusivos por limitarlos injustamente. (C.C.S.)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

DEVILLE, S.: «Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal: une fausse bonne idée», *GP*, 2022, núm. especial 30 de agosto, pp. 44-47.

La importante reforma relativa al empresario individual, llevada a cabo por la Ley núm. 2022-172 de 14 de febrero de 2022, entró en vigor el pasado 15 de mayo. La autora se cuestiona si esta norma va a modificar o no las prácticas relativas a la elección del régimen matrimonial y, más exactamente, si hoy puede ser prudente prever una comunidad en presencia de un (futuro) cónyuge que ejerza una actividad profesional independiente. (R.A.R.)

FABIANO, A. E.: «Le reti di imprese: uno strumento giuridico a servizio della sostenibilità?», *NGCC*, 2022, núm. 6, pp. 1364-1373.

Estudio de las redes de empresa como modelo organizativo y su posible contribución al desarrollo sostenible de la actividad empresarial, en particular en el sector agrícola. La autora analiza las distintas acepciones de sostenibilidad y los instrumentos jurídicos que pueden favorecerla e incluye entre ellos los contratos de red, conclusión que justifica desgranando sus características y sus ventajas en las empresas agrícolas. (C.C.S.)

LASCIALFARI, M.: «Il patto di non concorrenza, il “giusto compenso” e l’insostenibilità del giudicare “per principi”», *CI*, 2022, núm. 2, pp. 587-609.

El trabajo analiza los requisitos de validez de los pactos de no competencia postcontractual, en particular el de la «compensación adecuada» (art. 2125 del *Codice civile*; cfr. art. 21.2 ET y 8.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto), a raíz de un reciente pronunciamiento de la *Corte di Cassazione* (ord. núm. 5540, de 1 de marzo de 2021). (*E.G.P.*)

SPEZIALE, I.: «Il nuovo paradigma dell’impresa sostenibile», *CI*, 2022, núm. 3, pp. 752-768.

Una contribución más al tema de moda: la sostenibilidad empresarial. La autora promete una confrontación entre lo que ella denomina modelo «tradicional» de empresa, basado en el «mito» del *shareholder value*, con el «nuevo paradigma» de la responsabilidad social corporativa. Pero lo que el lector se encuentra es una sucesión de citas ajenas seguidas de un breve análisis de las medidas puestas en marcha por la Unión Europea y por el legislador italiano en esta materia. (*E.G.P.*)

TABOUROT, C.: «Pour un statut de l’entrepreneur individuel plus sécurisé. À propos du rapport du HCJP», *SJ*, 2022, núm. 34, pp. 1506-1508.

Necesidad de proteger al empresario individual y las opciones legales existentes. (*R.A.R.*)

WATRIN, L.: «Naissance du patrimoine de l’entrepreneur individuel: que faut-il comprendre de l’article L. 526-23 du Code de commerce ?», *GP*, 2022, núm. 41, pp. 9-12.

El nuevo estatuto de empresario individual establecido mediante la ley n.º 2022-172 de 14 de febrero de 2022, se aplica ahora automáticamente a todas las personas que ejercen una actividad económica en su propio nombre. Disponen de un patrimonio profesional, separado de su patrimonio personal. El artículo L. 526-23 del Código de Comercio, completado por un decreto, precisa el momento del comienzo de la protección ofrecida por este patrimonio afectado, dependiendo de que el comerciante esté inscrito o no. Sin embargo, esta norma plantea cuestiones importantes relativas a la necesidad del registro o a un posible efecto retroactivo de la protección. (*R.A.R.*)

## DERECHO DE SOCIEDADES

BELLISARIO, M.: «L’invalidità della deliberazione negativa e la tutela del socio», *NGCC*, 2022, núm. 5, pp. 1156-1166.

Ensayo sobre los acuerdos societarios negativos y su posible invalidez cuando sean lesivos para los intereses del socio. Tras reconocer que el régimen legal está pensado para impugnar acuerdos positivos lesivos, el autor se detiene en la calificación del rechazo de una propuesta (si constituye un acuerdo o no) y en las posibilidades de impugnación, para concluir estudiando las facultades del Juez al sustituir la voluntad de los socios. (*C.C.S.*)



BUCHBERGER, M.: «Mise en société d'une entreprise individuelle... la simplification n'est pas au rendez-vous», *GP*, 2022, núm. 35 especial, pp. 46-48.

La Ley n.º 2022-172, de 14 de febrero de 2022, en favor de la actividad profesional independiente, organiza la transferencia universal del patrimonio profesional, entre otras cosas, para simplificar la aportación de una empresa individual a una sociedad. Sin embargo, se suscitan muchas cuestiones en la nueva normativa que impiden cumplir tal objetivo. (*R.A.R.*)

MERUZZI, G., «Competenze gestorie ed esercizio dell'azione sociale di responsabilità nella disciplina delle società per azioni (tra diritto societario generale e diritto speciale delle società bancarie)», *CI*, 2022, núm. 3, pp. 769-791.

El artículo se plantea tres cuestiones en torno a la acción social de responsabilidad. La primera –y quizá la única de interés para el lector español– es si la decisión de los nuevos administradores de someter a la junta el ejercicio de tal acción frente a los antiguos consejeros tiene carácter discrecional y se halla sujeta, en consecuencia, a la denominada *business judgment rule*. La segunda se refiere a las competencias del *Collegio sindacale* (el órgano de vigilancia de las sociedades anónimas que opten por el sistema de administración tradicional u ordinario) en relación con el ejercicio de la acción social (art. 2393.3 c.c.). Y, en fin, en tercer lugar, se analiza el deber que recae sobre este último órgano en las sociedades bancarias de informar sin demora al Banco de Italia de todos los actos o hechos de los que tenga conocimiento en el ejercicio de sus competencias, que puedan constituir una irregularidad en la gestión o una violación de las normas que rigen la actividad bancaria (art. 52.1 del *Testo Unico Bancario*). (*E.G.P.*)

ONORATO, M.: «Accordi a sfavore di terzo? Profili dei negozi sulla crisi d'impresa», *RDC*, 2022, núm. 5, pp. 889-909.

Estudio sobre los acuerdos de reestructuración de deudas en los supuestos de crisis de empresas e insolvencia. Crédito y garantía de activos. (*M.R.D.R.*)

SCHNEIDER, G.: «Intelligenza artificiale, governance societaria e responsabilità sociale d'impresa: rischi e opportunità. Prima parte», *NGCC*, 2022, núm. 3, pp. 711-721.

Primera parte de un ensayo sobre la inteligencia artificial en el ámbito de la empresa, en particular sobre su uso en el gobierno corporativo de las empresas para guiar la toma de decisiones humanas o, incluso, para sustituirlas totalmente. En esta parte del trabajo se aborda la inteligencia artificial como un nuevo riesgo que debe ser considerado e internalizado en las estrategias de *compliance* de las empresas, además de analizar su utilidad y riesgos en relación con la responsabilidad social corporativa. (*C.C.S.*)

— «Intelligenza artificiale, governance societaria e responsabilità sociale d'impresa: rischi e opportunità. Seconda parte», *NGCC*, 2022, núm. 4, pp. 925-935.

Segunda y última parte del ensayo sobre la inteligencia artificial en el ámbito de la empresa. En esta mitad se analizan la propuesta de Directiva Europea en materia de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y el encaje de las inteligencias artificiales como instrumento de gobierno societario sostenible, así como los riesgos que puede conllevar su uso para la persecución de fines societarios, con especial referencia a su utilización como instrumento de diálogo con los accionistas. (*C.C.S.*)

SPOLIDORO, M. S.: «Le assemblee delle S.p.a. durante e dopo la pandemia», *CI*, 2022, núm. 3, pp. 792-812.

Artículo interesante en el que el Profesor de Milán reflexiona acerca del papel de la junta general a raíz de la difusión de las juntas telemáticas durante la pandemia. La asamblea tradicional –o sea, la reunión física de los socios en un lugar determinado– desempeñaría cuatro funciones principales: servir como foro de expresión pública y documental de las distintas opiniones de los socios («función testimonial»), permitir a estos últimos formular verbalmente preguntas sobre los temas que figuran en el orden del día («función informativa»), facilitar el examen de los candidatos a ocupar un puesto en el órgano de administración («función electiva») y debatir y votar las propuestas de acuerdo («función deliberativa»). A juicio del autor, todas estas funciones podría desempeñarlas también una junta telemática, sobre todo en las sociedades cotizadas, siempre que se adopten una serie de medidas que él mismo sugiere (y que pasan, entre cosas, por otorgar a los administradores la competencia de la junta en materia de aprobación de las cuentas y aplicación del resultado). (*E.G.P.*)

#### INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Les courtiers en crédit doivent-ils analyser la solvabilité de leurs clients ?», *GP*, 2022, núm. 25, pp. 13-15.

A pesar de la regulación existente respecto a los corredores de crédito, existen algunas dudas en torno al contenido exacto de algunas de sus obligaciones. Entre ellos, el autor se cuestiona si tienen necesariamente que analizar la solvencia de sus clientes. Conforme a la normativa actual no se puede afirmar sino negar tal cuestión, sin embargo, los tribunales de primera instancia consideran que sí es una obligación de estos sujetos. (*R.A.R.*)

#### CONTRATOS MERCANTILES

AA.VV.: «Discussioni. A proposito di Cass., n. 21830/2021, e High Court of Justice of England and Wales, Deutsche Bank v. Comune di Busto Arsizio», *NGCC*, 2022, núm. 2, pp. 451-488.

Bajo la rúbrica «Discusiones» se incluyen cuatro breves ensayos, que en este caso analizan la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 29 de julio de 2021, núm. 21830, sobre contratos de permuta de tipo de interés y las consecuencias de su nulidad por falta de información a sus clientes empresarios. Frente a la nulidad parcial o la conversión del contrato que se había sostenido en el pasado, esta sentencia opta por la nulidad total y exige que se cumplan importantes deberes de información, aproximando la solución a la aplicada en contratos de consumo. (*C.C.S.*)

BIVONA, E.: «L'«obbligo di far credito» nelle discipline emergenziali», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 99-107.

Análisis del auto del Tribunal de Brindisi de 7 de agosto de 2021, que dirime si la banca tiene o no una «obligación de dar crédito» a las empresas cuando tal financiación viene garantizada por el Estado. En el conflicto entre

la libertad de empresa, la autonomía individual, el principio de solidaridad y el deber del Estado de paliar las secuelas económicas de las medidas de contención del Covid-19, el tribunal se pronuncia en contra de tal obligación de contratar, afirmando el derecho (y deber) de la banca a verificar la viabilidad de la operación. (C.C.S.)

ZAPF, H.: «Le pacte Dutreil et la transmission de l'entreprise sociétaire», *GP*, 2022, núm. 37, pp. 10-12.

La presente ficha tiene por objeto presentar a los lectores una síntesis del régimen de exención parcial de los derechos de registro de las transmisiones a título gratuito de empresa explotada en forma social, comúnmente denominado «pacto Dutreil». Una próxima ficha permitirá profundizar en puntos particulares sobre este régimen de exención parcial. (R.A.R.)

## DERECHO CAMBIARIO

## DERECHO CONCURSAL

AA.VV.: «Les procès collectives. Les sûretés et les débiteurs», *GP*, 2022, núm. du 28 juin 2022.

El número contiene las actas del congreso celebrado sobre el tema. Se analiza los equilibrios entre los sujetos afectados; el procedimiento de insolvencia frente al deudor; la protección de los pequeños deudores con fianza; la situación de los acreedores; el papel de los tribunales y entidades intervinientes en los procedimientos de insolvencia; etc. (R.A.R.)

GUERRINI, L.: «Il d.l. n. 118/2021 sulla composizione negoziata della crisi d'impresa: l'alba di una buona fede "concorsuale"?», *NGCC*, 2022, núm. 1, pp. 243-253.

Análisis de la reforma del Derecho concursal italiano operada por el decreto-ley de 24 de agosto de 2021, núm. 118, por el que se adoptan diversas medidas urgentes en respuesta a la crisis originada por el Covid-19. En concreto, se analizan el deber de las partes de actuar «conforme a la buena fe y con corrección» durante las negociaciones preconcursales, la figura del experto independiente como garante de las negociaciones, las medidas de protección del patrimonio del empresario, y la renegociación y adaptación de los contratos. (C.C.S.)

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

FAILLACE, S.: «L'incerto vaglio delle sezioni unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust», *CI*, 2022, núm. 2, pp. 480-515.

En 2005, el Banco de Italia declaró nulas por contrarias a la normativa de defensa de la competencia una serie de cláusulas contenidas en el modelo de contrato de fianza omnibus elaborado por la Asociación Bancaria Italiana (la *ABI*). Sin embargo, y a pesar de ello, muchas entidades de crédito siguieron utilizando ese modelo. En una reciente sentencia plenaria, la Corte de Casa-

ción ha reconocido a los clientes perjudicados el derecho a instar la nulidad del contrato y el resarcimiento de los daños y perjuicios (*ex art. 33 de la Ley núm. 287 de 10 de octubre de 1990*), corrigiendo así su anterior doctrina, que negaba a los consumidores finales la legitimación para el ejercicio de las acciones correspondientes. En España, el problema no se plantearía en los mismos términos, habida cuenta de que el artículo 72.1 de la Ley de Defensa de la Competencia reconoce expresamente el derecho de cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria. (*E.G.P.*)

GALLI, F., «La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?», *CI*, 2022, núm. 3, pp. 919-958.

La manera en que las empresas que operan en Internet acceden a los datos de los usuarios, los almacenan, monitorizan y analizan con la finalidad de segmentar a su público objetivo y dirigirle una publicidad personalizada resulta verdaderamente escalofriante. El artículo analiza cuatro aspectos fundamentales de la regulación de este tipo de publicidad: el tratamiento de los datos personales, la transparencia de la comunicación comercial, las conductas prohibidas y la aplicación de las normas de tutela de los consumidores. (*E.G.P.*)

PENNAZIO, R.: «L'attuazione della Direttiva 2019/633/UE: strumenti di tutela e funzioni di contrasto alle pratiche scorrette nella filiera agroalimentare», *CI*, 2022, núm. 3, pp. 839-864.

La autora lleva a cabo un análisis de las principales medidas implementadas por el Decreto legislativo, número 198, de 8 de noviembre de 2021, que transpone al ordenamiento italiano la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario (transposición que, en nuestro país, se ha llevado a cabo por virtud de la Ley 16/2021, de 14 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria). (*E.G.P.*)

**ABREVIATURAS**

Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
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

Sentencias comentadas

## El Dieselgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos  
de 14 de julio de 2022)

**ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUTIÁN**

Catedrática de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre tres peticiones de decisión prejudicial planteadas por tres órganos judiciales austriacos relativas al Dieselgate. Este último consistió en la manipulación de los estándares de emisión de gases a través de dispositivos electrónicos instalados en, aproximadamente, 11 millones de automóviles Volkswagen en todo el mundo, desde 2008 hasta 2015. El TJUE sostiene en sus tres pronunciamientos que los dispositivos electrónicos continúan vulnerando la normativa comunitaria (Reglamento [CE] núm. 715/2007), a pesar de su previa reparación. Tal Reglamento persigue una reducción considerable de las emisiones de óxidos de nitrógeno de los vehículos diésel para mejorar la calidad del aire y respetar los valores límite de contaminación atmosférica. En particular, una de las tres decisiones (asunto C-145/20) afirma la existencia de una falta de conformidad. Es decir, el software reparado no presenta la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar [art. 2 (2) (d) Directiva 1999/44/CE]. La sentencia también sostiene que tal falta de conformidad es «de no escasa importancia» [art. 3 (6) Directiva 1999/44/CE]. Este trabajo profundiza en las consecuencias de tales afirmaciones en el ordenamiento español, en particular, en el remedio de la resolución del contrato.*

### PALABRAS CLAVE

*Dieselgate. Falta de conformidad de escasa importancia. Incumplimiento esencial. Resolución contractual. Principio de relatividad de los contratos. Directiva 1999/44/CE. Directiva 2019/771/CE.*

# The Dieselgate and the Court of Justice of the European Union

(Analysis of three sentences of July 14, 2022)

## ABSTRACT

*The Court of Justice of the European Union handed down a decision on the requests for a preliminary ruling coming from three Austrian courts relating to the Dieselgate. The latter consisted of the manipulation of exhaust emission standards through electronic devices installed in about 11 million Volkswagen cars worldwide from 2008 to 2015. The CJEU states in its three judicial decisions that the electronic devices continue to violate EU Law (Regulation [EC] núm. 715/2007), despite their prior repair. Such regulation aims to a considerable reduction in nitrogen oxide emissions from diesel vehicles to improve air quality and comply with limit values for pollution. In particular, one of the three sentences (case C-145/20) upholds the existence of a lack of conformity. In other words, the repaired software does not show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect [Article 2 (2) (d) Directive 1999/44/EC]. The sentence also holds that such lack of conformity is not minor [Article 3 (6) Directive 1999/44 EC]. This paper explores the main consequences of such assertions in the Spanish legal system, in particular, on the remedy of the termination of the contract.*

## KEYWORDS

*Dieselgate. Lack of Minor Conformity. Fundamental Breach of Contract. Termination. Principle of Relativity of Contracts. Directive 1999/44/EC. Directive 2019/771/EC.*

**SUMARIO:** I. *Notas introductorias.*—II. *Análisis de la STJUE (Gran Sala) Caso DS contra Volkswagen AG y Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, sentencia de 14 de julio de 2022 (asunto C-145/20).* 1. Hechos. 2. Primer argumento del tribunal: afirmación de la existencia de falta de conformidad. 2.1 El vehículo adquirido no es conforme con el contrato según el artículo 2 (2) (d) de la Directiva [1999/44]. 2.2 Tras la reprogramación el vehículo continúa teniendo un dispositivo de desactivación prohibido por el Reglamento CE [núm. 175/2007]. 2.3 La contravención de la normativa europea implica una falta de conformidad. 2.3.1 Declaraciones públicas sobre las características del producto como criterio para determinar si un bien presenta la calidad y prestaciones habituales de otro del mismo tipo. 3. Segundo argumento del tribunal sobre la entidad de la falta de conformidad: la falta de conformidad es «de no escasa importancia».—III. *Consecuencias del fallo de las SSTJUE sobre el remedio de la resolución en el ordenamiento jurídico español en los casos del Dieselgate.* 1. Análisis de la transposición de las Directivas

[1999/44] y [2019/771] por el legislador español respecto a la medida de la resolución contractual. 1.1 ¿Admisión del remedio de la resolución en todo caso ante una previa reparación infructuosa del bien? 2. Posición de los tribunales españoles ante el remedio jurídico de la resolución en los casos del Dieselgate. 2.1 Diferencia de regulación de la resolución entre la normativa de consumo y el Código Civil en cuanto a la exigencia de la entidad del incumplimiento contractual. 2.2 Análisis del éxito del remedio de la resolución *ex* artículo 1124 CC en los casos del Dieselgate ya resueltos. 2.3 Análisis del éxito del remedio de la resolución *ex* artículo 1124 CC en los casos del Dieselgate a partir de las decisiones del TJUE. 2.4 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ibi (Alicante) de 23 de septiembre de 2022. 3. Efectos de la resolución. 3.1 Normativa de consumo. 3.2 Código Civil. 4. Frente a qué sujeto se ejercitaría, en su caso, la resolución contractual. 4.1 Ejercicio del remedio de la resolución contractual en virtud de la normativa de consumo. 4.2 Ejercicio del remedio de la resolución contractual *ex* artículo 1124 CC.—Bibliografía.—Índice cronológico de sentencias judiciales.

## I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Para una adecuada comprensión de las reflexiones que llevaré a cabo a propósito de tres pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) sobre el Dieselgate, con fecha de 14 de julio de 2022, es preciso recordar los antecedentes del que constituye uno de los mayores escándalos industriales de los últimos años. El 22 de septiembre de 2015 Volkswagen AG reconoce de modo público el fraude cometido, que afectaba a 11 millones de vehículos fabricados por el grupo Volkswagen en Europa y en EEUU, durante los años 2008 a 2015<sup>1</sup>. Dicho fraude se descubre por casualidad, a través del estudio llevado a cabo por un equipo de investigación de la Universidad de Virginia Occidental en 2013, cuyos resultados presentaron en el congreso anual para expertos en emisiones, celebrado en San Diego a finales de mayo de 2014. En los momentos iniciales nunca se pensó por parte de los descubridores en la existencia de un engaño, sino solo en un problema de carácter técnico de cierta importancia sufrido por la empresa fabricante alemana<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Consúltese [http://www.volkswagenag.com/en/news/2015/9/Ad\\_hoc\\_US.html](http://www.volkswagenag.com/en/news/2015/9/Ad_hoc_US.html) (fecha de consulta: 05/12/2022).

<sup>2</sup> Explica EWING, 2017 (cito por la traducción al castellano de la obra de este autor realizada por GONZÁLEZ, 2017, p. 238), que si en esos momentos iniciales Volkswagen se hubiera comportado con honestidad y hubiera reconocido su conducta fraudulenta, el perjuicio a la reputación profesional y a la economía de la empresa tal vez hubiera sido menos grave de lo que fue luego. Pero Volkswagen ocultó el fraude durante largo tiempo para poder obtener el máximo beneficio económico derivado de su conducta fraudulenta.



Tal fraude inicial consistió en la configuración del software del motor de los vehículos de manera tal que las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) en los bancos de pruebas (esto es, permaneciendo el coche parado en laboratorio) se ajustaban perfectamente al límite de emisiones del Reglamento [CE] núm. 715/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor en lo relativo a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros [Euro 5 y Euro 6] y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos (en adelante Reglamento [núm. 715/2007])<sup>3</sup>. Pero en condiciones de conducción real se superaban tales límites legales con un evidente perjuicio para el medio ambiente y la salud de las personas<sup>4</sup>. Gracias al software manipulador de emisiones, Volkswagen consiguió que los vehículos equipados con un motor EA 189 obtuvieran la homologación de tipo prevista por la normativa europea.

En 2015 el Grupo Volkswagen envió, a través de sus distribuidoras en cada país, un comunicado escrito por el que reconocía el fraude y ofrecía la reparación gratuita mediante una actualización del software instalada en el motor, operación que era muy sencilla (una media hora de duración) y sin coste alguno para el propietario del vehículo<sup>5</sup>. Posteriormente se descubre, una vez realizada dicha actualización o reprogramación, que se había logrado que el dispositivo se activara para reducir las emisiones de NOx, no solo durante las pruebas de homologación (como sucedía antes de la actualización del software), sino también durante la conducción real. Ahora bien, el nuevo problema es que únicamente era eficaz cuando la temperatura exterior se encontraba entre 15 y 33°C o el vehículo circulaba a menos de 1000 metros de altitud.

Ante el descubrimiento de la reparación infructuosa, tres consumidores interpusieron, respectivamente, demandas en su país (Austria): la primera de forma exclusiva contra el concesionario, la segunda solo frente a la fabricante alemana y la tercera contra el concesionario y Volkswagen. Así, ante el Tribunal Regional de *Klagenfurt* (*Landesgericht Klagenfurt*) se solicita la anulación del

<sup>3</sup> DO 2007, L 171, p. 1.

<sup>4</sup> Es verdad que los motores diésel de Volkswagen producían menos dióxido de carbono que los motores de gasolina equivalentes, por lo que contribuían menos al calentamiento global, pero, por el contrario, emitían cantidades mucho mayores de los tóxicos óxidos de nitrógeno (NOx) que los coches de gasolina, así como partículas cancerígenas de hollín muy finas. Véase EWING, 2017, pp. 206-212.

<sup>5</sup> A pesar de este ofrecimiento de solución por la fabricante alemana, en los diversos países afectados se iniciaron tanto reclamaciones individuales como colectivas por parte de los consumidores. Para un análisis de las mismas consúltese ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, pp. 1-34 y VIGURI PEREA, 2021.

contrato de compraventa basada en la contravención de una prohibición legal y de las buenas costumbres (artículo 879 apartado 1 del Código Civil General austriaco) (en adelante ABGB) y la resolución del contrato (artículo 932 ABGB). Ante el Tribunal Regional de *Eisenstadt* (*Landesgericht Eisenstadt*) se pide la anulación del contrato por error vicio de consentimiento (artículo 871 ABGB). Por último, ante el Tribunal Regional de *Linz* (*Landesgericht Linz*) la resolución del contrato (artículo 932 ABGB); subsidiariamente la reducción del precio (artículo 932 ABGB) y, alternativamente, una indemnización de daños y perjuicios (artículo 922 ABGB). El litigio llega en este caso ante el Tribunal Supremo de lo Civil y lo Penal (*Oberster Gerichtshof*).

Los anteriores tribunales elevaron tres cuestiones prejudiciales ante el TJUE, que este resuelve mediante tres sentencias de 14 de julio de 2022. Los tres pronunciamientos concluyen que, a pesar de la reprogramación del software llevada a cabo por la fabricante alemana, el sistema de control de las emisiones instalado constituye un dispositivo de desactivación prohibido por el Reglamento [núm. 715/2007]. El objeto central del presente trabajo gira en torno a una de las tres sentencias, la que resuelve el caso DS contra Volkswagen AG y Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, asunto C-145/20<sup>6</sup>, en cuanto sus conclusiones son realmente relevantes desde el punto de vista sustantivo del Derecho de Consumo.

Así, esta sentencia afirma que el nuevo sistema de control de emisiones, tras la reprogramación hecha por Volkswagen, supone una falta de conformidad y que dicha falta es de «no escasa importancia»; todo ello a la luz de la Directiva 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo (en adelante Directiva [1999/44])<sup>7</sup>.

Tal Directiva es objeto de aplicación en el momento temporal en que ocurren los hechos del caso, pero ha sido derogada posteriormente por la actual Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, con efectos desde el 1 de enero de 2022 (en adelante Directiva [2019/771])<sup>8</sup>. Las otras dos decisiones dictadas por el TJUE el 14 de julio de 2022 serán tratadas al hilo de las reflexiones y consideraciones hechas sobre la sentencia que resuelve el asunto C-145/20. Se trata de las SSTJUE (Gran Sala) Caso GSMB Invest GmbH &

<sup>6</sup> JUR 2022/239958. Ponente: P. G. Xuereb.

<sup>7</sup> DOCE núm. 171, de 7 de julio de 1999.

<sup>8</sup> DOCE núm. 136, de 22 de mayo de 2019.

Co. KG contra Auto Krainer GesmbH, asunto C-128/20 y Caso IR contra Volkswagen AG, asunto C-134/20, cuyo ponente es el mismo en ambas: P. G. Xuereb<sup>9</sup>.

## II. ANÁLISIS DE LA STJUE (GRAN SALA) CASO DS CONTRA VOLKSWAGEN AG Y PORSCHE INTER AUTO GMBH & CO KG, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2022, ASUNTO C-145/20

### 1. HECHOS

Dicho pronunciamiento resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y lo Penal) de Austria mediante una sentencia de 17 de marzo de 2020, la cual es recibida en el TJUE el 24 de marzo de 2020.

El 21 de diciembre de 2013 DS adquiere un coche de la marca Volkswagen equipado con un motor diésel tipo EA 189 –Euro 5–. El vendedor es Porsche Inter Auto, un concesionario de automóviles independiente de la fabricante alemana. El vehículo tenía incorporado un software inicial que activaba el sistema de recirculación de los gases de escape (sistema de conmutación) de dos formas diferentes. En un primer modo se activaba solo durante la realización de las pruebas de homologación, que se llevaban a cabo en un laboratorio. En un segundo modo se activaba en condiciones reales de conducción. La diferencia entre dichos modos radicaba en que la tasa de recirculación de los gases de escape era más alta cuando se hallaba en laboratorio que en conducción real.

Constituyen hechos probados en el caso, en primer lugar, que la KBA (Oficina Federal de Circulación de Vehículos de Motor en Alemania), competente en materia de homologación, habría denegado tal homologación si hubiera conocido la existencia del citado sistema de conmutación<sup>10</sup>. En segundo lugar, el comprador habría adquirido el vehículo de todas formas, incluso aun siendo consciente del sistema de conmutación fraudulento que perjudicaba el medio ambiente.

En el mes de octubre de 2015, tras el reconocimiento público del fraude por Volkswagen, la KBA ordena a la fabricante alemana la retirada del sistema de conmutación para su adecuación al Reglamento [núm. 715/2007]. Con posterioridad, el 20 de diciembre de 2016, le comunica por escrito a Volkswagen que la medida de la actualización

<sup>9</sup> El número del Repertorio Aranzadi es, respectivamente, JUR 2022/239956 y JUR 2022/239957.

<sup>10</sup> C-145/20, Apartado 57.

del software, propuesta como solución al problema, servía perfectamente para restablecer dicha conformidad. La KBA nunca revocó ni retiró la homologación CE de tipo del vehículo en cuestión.

El 15 de febrero de 2017 el comprador solicita la actualización del software, consistente en la sustitución del sistema de conmutación por una programación por medio de la cual el modo para la reducción de las emisiones se activaba, no solo durante las pruebas de homologación, sino también con el uso ordinario del coche en carretera. Pero la actualización no tuvo como resultado finalmente la puesta del vehículo en completa conformidad. Así, la recirculación de los gases de escape únicamente era eficaz cuando la temperatura exterior se hallaba entre 15°C y 33°C («ventana de temperaturas»).

El comprador interpone entonces una demanda ante el Tribunal Regional de *Linz* (*Landesgericht Linz*) (Austria) con la pretensión principal de obtener el reembolso del precio de compra del vehículo y la devolución de este como contrapartida y, de modo subsidiario, una reducción del precio del coche o, de forma alternativa, la responsabilidad civil tanto del concesionario como del fabricante por los daños sufridos a causa del software ilícito. La sentencia del Tribunal Regional de *Linz* de 12 de diciembre de 2018 desestima la demanda; fallo que es confirmado por la sentencia del Tribunal Superior Regional de *Linz* (*Oberlandesgericht Linz*) de 4 de abril de 2019.

El comprador recurre en casación contra la sentencia del *Oberlandesgericht Linz* ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal (*Oberster Gerichtshof*), alegando que el coche poseía un defecto en cuanto que el sistema de conmutación constituía un dispositivo de desactivación ilícito conforme al artículo 5.2 del Reglamento [núm. 715/2007]. A juicio del comprador, había riesgo de depreciación del vehículo y de daños derivados de la actualización.

El objeto de la petición prejudicial elevada al TJUE por el *Oberster Gerichtshof* es tanto la interpretación del artículo 5 apartado 2 del Reglamento [núm. 715/2007] como el artículo 2 apartado 2 letra d) y el artículo 3 apartado 6 de la Directiva [1999/44], tal y como, a continuación, se analiza.

## 2. PRIMER ARGUMENTO DEL TRIBUNAL: AFIRMACIÓN DE LA EXISTENCIA DE FALTA DE CONFORMIDAD

### 2.1 El vehículo adquirido no es conforme con el contrato según el artículo 2 (2) (d) de la [Directiva 1999/44]

El artículo 2 apartado 1 de la Directiva [1999/44] obliga al vendedor a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato

de compraventa, y el apartado 2 letra d) del citado precepto dispone: 2. «Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: d) Presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular, en la publicidad o en el etiquetado».

A partir de la interpretación que la sentencia da al citado artículo 2 (2) (d), el TJUE concluye que el vehículo adquirido, a la luz de los hechos del caso y tras la reprogramación del software, no presenta la calidad habitual de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, de modo que el vehículo no es conforme al contrato de compraventa celebrado.

A continuación, profundizo en la doble argumentación empleada por la sentencia que explica la anterior conclusión: en primer lugar, sostiene que, tras la reprogramación del software llevada a cabo por la fabricante alemana, el vehículo continúa teniendo un dispositivo de desactivación prohibido por el Reglamento [núm. 715/2007]. En segundo lugar, un consumidor que compra un vehículo que está homologado y dispone de un certificado de conformidad puede fundadamente esperar que aquel se adecúe a las exigencias del citado Reglamento. La contravención de la normativa europea por parte de la fabricante alemana implica, pues, una falta de conformidad.

## 2.2 **Tras la reprogramación el vehículo continúa teniendo un dispositivo de desactivación prohibido por el Reglamento CE [núm. 715/2007]**

Se trata de resolver si el nuevo sistema de medición de las emisiones, resultado de la reprogramación del fabricante para corregir el inicial software fraudulento, puede calificarse como un dispositivo de desactivación prohibido por el Reglamento [núm. 715/2007]. Sobre la cuestión de si el vehículo cuenta realmente con un dispositivo de desactivación conforme o no con la citada normativa comunitaria se pronuncian las tres sentencias del TJUE dictadas el 14 de julio de 2022 (asuntos C-128/20, C-134/20 y C-145/20).

Así, el artículo 5 apartado 1 del aludido Reglamento establece el deber de los fabricantes de equipar los vehículos de modo que el diseño, construcción y montaje de los componentes que puedan incidir en las emisiones, durante el funcionamiento ordinario, se ajuste a lo preceptuado en este texto normativo. El Reglamento [núm. 715/2007] busca, pues, la armonización de los requisitos

técnicos para la homologación de tipo de los vehículos de motor y las piezas de recambio respecto a las emisiones, con el fin de evitar que difieran de un Estado miembro a otro. En particular, cada fabricante deberá garantizar que las medidas técnicas por él adoptadas limitan de forma eficaz las emisiones del tubo de escape y las emisiones evaporantes a lo largo de la vida ordinaria del vehículo y en condiciones normales de uso. De esta forma se logra un elevado nivel de protección medioambiental, en cuanto la reducción de las emisiones de los vehículos forma parte de la estrategia global de la Unión Europea<sup>11</sup>.

El TJUE califica el software instalado en el vehículo de los compradores demandantes como un dispositivo de desactivación prohibido por el artículo 5.2 del Reglamento [núm. 715/2007]<sup>12</sup>, con independencia de si el dispositivo estaba ya instalado en el momento de la fabricación del vehículo o si lo está una vez puesto en servicio el coche a raíz de una reparación previa<sup>13</sup>.

Según el TJUE el dispositivo de desactivación de los coches adquiridos (ventana de temperaturas) no estaría tampoco dentro de las excepciones previstas en el propio artículo 5.2 del citado Reglamento para estimarlo acorde con la normativa<sup>14</sup>. Analiza, a raíz de una de las cuestiones prejudiciales planteada por los tres órganos jurisdiccionales remitentes, si concurre alguna de las excepciones a la prohibición de uso de dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones, en particular, la relativa a la letra a) de dicho artículo 5 apartado 2. Esto es, cuando «*la necesidad del dispositivo se justifique como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo*». En todo caso, según el tribunal, al tratarse de una excepción a la prohibición de uso ha de ser objeto de una interpretación estricta<sup>15</sup>.

Puntualiza el TJUE que la excepción legal, cuando hace referencia a la protección del motor frente a averías o accidentes, solo se está refiriendo a daños súbitos y excepcionales, y en ningún caso se estaría permitiendo a los fabricantes equipar a los automóviles con

<sup>11</sup> Considerandos (1) y (4-6) y artículos 1 (1) y 4 del Reglamento [núm. 715/2007].

<sup>12</sup> STJUE Asunto C-128/20, Apartados 46 y 47. El artículo 5.2 del Reglamento [núm. 715/2007] señala: «Estará prohibido el uso de dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones (...)».

<sup>13</sup> STJUE Asunto C-134/20, Apartado 94.

<sup>14</sup> « (...) La prohibición no se aplicará cuando: a) la necesidad del dispositivo se justifique como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo b) el dispositivo no funcione más allá de las exigencias de arranque del motor o c) en los procedimientos de ensayo se incluyan las condiciones apropiadas para verificar las emisiones de evaporación y las emisiones medias del tubo de escape».

<sup>15</sup> SSTJUE Asuntos C-128/20, Apartado 50; C-134/20, Apartado 63 y C-145/20, Apartado 61.

tales dispositivos de desactivación con el único objetivo de preservar el motor contra el envejecimiento y el deterioro<sup>16</sup>. Por una parte, porque el deterioro y el envejecimiento del motor son, en principio, acontecimientos previsibles e inherentes al funcionamiento normal de un vehículo. Por otra parte, porque la finalidad del citado Reglamento [núm. 715/2007] es asegurar un alto nivel de protección medioambiental mejorando la calidad del aire dentro de la UE, lo que supone reducir las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) a lo largo de la vida normal de los vehículos<sup>17</sup>.

Por consiguiente, según el tribunal solo los riesgos de averías o accidentes inmediatos en el motor que generen un peligro concreto durante la conducción del vehículo justificarían el uso de un dispositivo de desactivación según el artículo 5 (2) (a) del citado Reglamento<sup>18</sup>.

El TJUE explica, además, que para considerar justificada la necesidad de un dispositivo de desactivación, el artículo 5 (2) (a) del Reglamento exige dos requisitos acumulativos: el dispositivo ha de ser necesario, no solo por razón de protección del motor contra averías o accidentes, sino también por el manejo seguro del vehículo<sup>19</sup>. Por tanto, un dispositivo de desactivación como el que es objeto del litigio principal solo puede justificarse conforme a dicha excepción si se prueba que dicho dispositivo obedece únicamente a la necesidad de evitar los riesgos inmediatos de averías o accidentes en el motor, causados por un mal funcionamiento de un componente del sistema de recirculación de los gases de escape de tal gravedad que se traduzca en un peligro concreto en la conducción del vehículo que lleva incorporado dicho dispositivo<sup>20</sup>.

En otras palabras, la necesidad de un dispositivo de desactivación, en el sentido del citado precepto, solo existirá cuando en el momento de la homologación de tipo CE de ese dispositivo o del vehículo que va equipado con él, no haya otra solución técnica que permita evitar riesgos inmediatos de averías o accidentes en el motor que supongan un peligro concreto durante la conducción del vehículo<sup>21</sup>. Pero, incluso en el caso de que concurra tal necesidad, el dispositivo de desactivación también estaría prohibido si debiera funcionar, en condiciones reales de circulación, durante la mayor parte del año. De admitirse un dispositivo de desactivación

<sup>16</sup> SSTJUE Asuntos C-128/20, Apartados 54 y 55; C-134/20, Apartados 65, 66 y 67 y C-145/20, Apartados 64 y 65.

<sup>17</sup> SSTJUE Asunto C-134/20, Apartado 67 y C-145/20, Apartado 62.

<sup>18</sup> SSTJUE Asunto C-134/20, Apartado 73 y C-145/20, Apartado 67.

<sup>19</sup> SSTJUE Asunto C-128/20, Apartado 61 y C-145/20, Apartado 72.

<sup>20</sup> SSTJUE Asunto C-128/20, Apartado 62 y C-145/20, Apartado 73.

<sup>21</sup> SSTJUE Asuntos C-128/20, Apartado 69; C-134/20, Apartado 77 y C-145/20, Apartado 80.

semejante la consecuencia sería que al final la excepción se aplicase más frecuentemente que la prohibición, vulnerándose entonces de forma no proporcional el principio de la limitación de las emisiones de NO<sub>x</sub><sup>22</sup>.

La anterior argumentación es mantenida, además de por los tres pronunciamientos del TJUE de 14 de julio de 2022, por la posterior STJUE (Gran Sala) de 8 de noviembre de 2022, asunto C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe eV v. Bundesrepublik Deutschland*, con intervención de Volkswagen AG<sup>23</sup>. En el caso resuelto finalmente por esta última sentencia *Deutsche Umwelthilfe*, asociación de defensa del medio ambiente con legitimación para interponer acciones judiciales conforme a la normativa alemana, impugna ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de *Schleswig-Holstein* (*Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht*) una Resolución de la Oficina Federal alemana de Circulación de Vehículos de Motor (*KBA*).

Por tal Resolución se autoriza el 20 de junio de 2016 a vehículos del modelo VW Golf Plus TDI, equipados con un motor Diesel del tipo EA 189 Euro 5, el uso de un software que reduce la recirculación de los gases contaminantes en función de la temperatura exterior, y que había sido fruto de la actualización del programa informático llevada a cabo por VW tras el descubrimiento del fraude. En concreto, tal programa informático consiste en una ventana de temperaturas en la que la tasa de recirculación de los gases de escape es del 0% cuando la temperatura exterior es inferior a -9°C, del 85% cuando se halla entre -9° y 11°C y del 100% solo cuando la temperatura exterior supera los 15°C. En Alemania la temperatura media anual suele situarse alrededor de 10,4°C.

La República Federal alemana alega, primero, que la asociación demandante no está legitimada activamente para impugnar la Resolución administrativa por la que se concede una homologación de tipo CE y, segundo, que la ventana de temperaturas producto de la actualización de la fabricante no constituye un dispositivo de desactivación ilegal.

El tribunal alemán que conoce del litigio plantea una petición de decisión prejudicial al TJUE mediante sentencia de 20 de noviembre de 2019, recibida en este último el 29 de noviembre. Su objeto es la interpretación del artículo 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus, de fecha 17 de febrero de 2005, sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en materia de Medio Ambiente, en relación con el artículo 47,

<sup>22</sup> STJUE Asunto C-128/20, Apartado 63 y C-145/20, Apartado 74.

<sup>23</sup> JUR 2022/344405. Ponente: P. G. Xuereb.



párrafo primero, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, además, la interpretación del artículo 5, apartado 2, letra a) del Reglamento [núm. 715/2007].

El TJUE señala que el citado Convenio, en relación con la Carta de la Unión Europea, ha de interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no pueden prohibir que una asociación de defensa del medio ambiente, legitimada para ejercitar acciones judiciales según el derecho nacional, pueda impugnar por la vía judicial una resolución administrativa por la que se concede o modifica una homologación de tipo CE de vehículos con un dispositivo de desactivación, el cual pudiera vulnerar la normativa de Derecho Medioambiental de la UE<sup>24</sup>.

En relación con la segunda cuestión, la conformidad del dispositivo calificado como «ventana de temperaturas» con la normativa comunitaria, el tribunal recuerda su doctrina mantenida al respecto en las tres sentencias dictadas el 14 de julio de 2022<sup>25</sup>.

### 2.3 La contravención de la normativa europea implica una falta de conformidad

La sentencia del TJUE, asunto C-145/20, señala, como consecuencia de la compraventa de un coche que pertenece a la serie de un tipo de vehículo homologado y que dispone de un certificado de conformidad, que el consumidor puede esperar de modo fundado que ese vehículo específico se adecúe al Reglamento [núm. 715/2007] y, en particular, a su artículo 5, aunque no existan cláusulas contractuales sobre ello<sup>26</sup>. Así, en síntesis, el consumidor podría fundamentamente confiar en que el bien adquirido se ajustara a lo previsto en la normativa comunitaria. Esta idea ya la formulaba hace tiempo Morales Moreno. Así, aunque el concepto de falta de conformidad no incluye los denominados vicios jurídicos o presencia en el bien de derechos de tercero que no se justifican según el contrato, no hay inconveniente en admitir que en algunos casos la falta de conformidad del bien pueda proceder de la no adecuación del bien a las exigencias de una norma jurídica<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Consúltese STJUE Asunto C-873/19, Apartado 81.

<sup>25</sup> STJUE Asunto C-873/19, Apartado 95.

<sup>26</sup> STJUE Asunto C-145/20, Apartado 54.

<sup>27</sup> Así MORALES MORENO, 2006, p. 170. Este autor cita en este sentido, como faltas de conformidad, los ejemplos del nivel de ruido de una máquina que traspasa los límites permitidos o el automóvil que supera el nivel de contaminación.

La hoy vigente Directiva [2019/771] dispone que la conformidad debe aplicarse tanto a los vicios materiales como a los vicios jurídicos (Considerando núm. 35).

Por tanto, la interpretación que el TJUE da al artículo 2 apartado 2 letra d de la Directiva [1999/44] es que la falta de cumplimiento en un vehículo de los requisitos del artículo 5 del Reglamento [núm. 715/2007] llevaría consigo que el mismo no presentara la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar y, por tanto, ha de presumirse que ese bien no es conforme al contrato<sup>28</sup>. Tal conclusión no se desvirtúa en absoluto por el hecho de que el vehículo ya haya recibido una homologación de tipo CE, ya que si la ilicitud de un elemento de diseño de un vehículo es conocida con posterioridad cabría siempre la posibilidad de revocar la homologación.

La STJUE comentada solo se refiere a la Directiva [1999/44], aplicable en el momento de los hechos del caso, pero se ha sostenido que la interpretación de la misma que hace la sentencia ha sido ya expresamente asumida en el texto de la vigente Directiva [2019/771]<sup>29</sup>. Así, su artículo 7 (1) (a) establece que los bienes vendidos «serán aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector». Por consiguiente, los fines propios de un bien pueden individualizarse a partir de lo establecido en las normas técnicas o, en su defecto, en el código de conducta específico de la industria del sector.

El artículo 7 (1) (a) de la Directiva [2019/771] ha sido transpuesto en el nuevo artículo 115 ter (1) (a) del TRLGDCU a través de la modificación de este texto realizada por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril (en adelante RDL 7/2021)<sup>30</sup>. El citado pre-

---

<sup>28</sup> STJUE Asunto C-145/20, Apartado 55. En España este planteamiento fue mantenido, incluso antes de la actualización o reprogramación del software por Volkswagen, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (sección 4.ª) núm. 77/2020 de 2 de marzo en cuanto señala que «(...) La instalación de un software desarrollado por la recurrente que enmascara las emisiones de gases NOx cuando el vehículo es objeto de análisis en una instalación preparada para ello supone falta de conformidad del mismo, porque todo adquirente de un automóvil tiene derecho a esperar que el mismo desvele en las pruebas técnicas que se le realicen el resultado real de emisión de gases, dada la nocividad de tales emisiones para el medio ambiente, la eficacia para su control que debe esperarse del resultado de esas pruebas y además porque no hay indicios de que al comprador se le haya informado antes de adquirir el automóvil sobre la existencia de ese programa informático y de sus efectos sobre el automóvil» (JUR 2020/151670. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López).

<sup>29</sup> VECINA AZNAR, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, p. 43.

<sup>30</sup> Dicha norma, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022 (salvo los artículos 126 y 126 bis relativos a contratos de servicios digitales) y que modifica el TRLGDCU, ha transpuesto las Directivas (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. Ambas Directivas incluyen normas comunes sobre determinados requisitos relativos a los

cepto reproduce de modo literal el de la Directiva. Referido a los requisitos objetivos para la conformidad del bien, señala en su apartado 1 letra a), que, además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos digitales deberán cumplir, entre otros, el requisito de «*Ser apto para los fines a los que normalmente se destinen bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector*». Si el contrato no ha expresado nada al respecto, la utilidad del bien es la que el tráfico atribuye a los bienes del mismo género o clase y que un consumidor medio puede esperar en idénticas circunstancias, teniendo en cuenta, entre otros factores, las normas técnicas vigentes<sup>31</sup>.

### 2.3.1 DECLARACIONES PÚBLICAS SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO COMO CRITERIO PARA DETERMINAR SI UN BIEN PRESENTA LA CALIDAD Y PRESTACIONES HABITUALES DE OTRO DEL MISMO TIPO

Al argumento citado expresamente por el TJUE de que, de acuerdo con el artículo 2 (2) (d) de la Directiva [44/1999], el bien no es conforme al contrato en la medida en que el consumidor puede fundadamente esperar que el vehículo tenga la calidad habitual de un producto del mismo tipo (en este caso, que cumpla los requisitos exigidos por el artículo 5 del Reglamento [Núm. 715/2007]), ha de añadirse otro argumento que completa el anterior, el cual no es ni siquiera apuntado por el TJUE. Así, el propio

---

contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de compraventa de bienes. Por ello se ha elegido por el legislador español integrarlas de modo conjunto en el RDL 7/2021 para evitar reiteraciones, manteniendo los mismos conceptos y previsiones normativas que se aplicarán de modo indistinto a todas las situaciones que no exijan diferenciación por la naturaleza de la prestación acordada. CÁMARA LAPUENTE, *LL*, 2021, pp. 10 y 24, explica que la opción de refundir ambas Directivas en los mismos preceptos del TRLGDCU encierra una adecuada opción de economía legislativa, pero que, a su juicio, conviene revisar algunos desenfoques que se han producido.

<sup>31</sup> Afirma LETE ACHIRICA, «Comentario al art. 115 ter TRLGDCU», 2022, p. 1670, que el artículo 115 ter apartado 1 letra a) reproduce el artículo 35.2 letra a) de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).

Este último precepto señala: «Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo». La calidad o tipo exigible de las mercaderías se determina en la Convención de Viena, en primer lugar, en virtud de lo pactado entre las partes (art. 35.1) y, a falta de pacto, conforme a los criterios recogidos en el párrafo 2.º del artículo 35. Explica MORALES MORENO, «Comentario al art. 35 CISG», 2006, p. 300, que el criterio expresado en el artículo 35.2.a) es reflejo de lo que puede esperar un comprador razonable en idénticas circunstancias y requiere que, de acuerdo con el contrato, haya una correspondencia entre las mercancías vendidas y un tipo del tráfico.

artículo 2 (2) (d) de la citada Directiva señala, como dos criterios para concluir si un bien presenta la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo, tanto la naturaleza del producto como las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.

En nuestro caso concreto la promoción de los vehículos equipados con el motor manipulado se lleva a cabo por Volkswagen mediante la difusión de una publicidad en la que consta determinado volumen de emisiones contaminantes que, finalmente, no se corresponde con la realidad (ni antes ni después de la reprogramación del software); resaltándose, por tanto, el carácter ecológico de los bienes<sup>32</sup>. Mientras la fabricante llevaba a cabo el fraude de las emisiones, a través de su publicidad afirmaba que su mayor preocupación era el medio ambiente. Utilizaba eslóganes como «Think Blue», «Reduce lo que puedas, compensa lo que no puedas», «VW se toma muy en serio su compromiso de ofrecer a sus clientes una movilidad sostenible» y «TDI clean».

Si se acude al desarrollo en el ordenamiento español de la Directiva [1999/44], de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.2 TRLGDCU, el contenido de la oferta, promoción o publicidad se integra en el contrato, aunque no conste explícitamente en este, y ello será tomado en consideración para la determinación de la conformidad del bien con el contrato<sup>33</sup>. Y según lo señalado en el artículo 116.1.d) TRLGDCU, los productos son conformes al contrato siempre que «(...) *presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechos por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado (...)*»<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Señala VECINA AZNAR, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, p. 42, que el tribunal no entra en este punto al no haberse planteado ninguna cuestión prejudicial concreta al respecto.

<sup>33</sup> Este precepto se mantiene inalterado tras la nueva redacción del TRLGDCU por el RDL 7/2021, el cual transpone la vigente Directiva 2019/771.

<sup>34</sup> El RDL 7/2021, al modificar el TRLGDCU, señala que el producto, para ser conforme con el contrato, debe reunir una serie de requisitos subjetivos (art. 115 bis TRLGDCU) y objetivos (art. 115 ter TRLGDCU). Entre estos últimos se encuentra el precepto correspondiente al derogado artículo 116.1.d) TRLGDCU. Así, el nuevo artículo 115 ter TRLGDCU en su párrafo 1.º señala «Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos: d) Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y

Aquí hay un engaño respecto al volumen de emisiones que consta en las características del vehículo según las declaraciones públicas llevadas a cabo por el fabricante alemán. El comprador podía confiar en que el bien poseía tales características que lo convertían en un producto ecológico y, por tanto, constituye otro argumento en favor de la existencia de falta de conformidad. Y ello aunque el bien continúe sirviendo a la finalidad para la que se adquiere, tanto antes como después de la reprogramación, en la medida en que el dispositivo ilegal ni ha impedido la conducción, ni ha afectado a la potencialidad del motor ni tampoco ha llevado consigo un incremento del consumo de combustible<sup>35</sup>.

Me detengo a hacer breves observaciones sobre la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad a partir de la publicidad llevada a cabo por el fabricante. En la estructura del artículo 116 TRLGDCU, que desarrolla en el ordenamiento español la Directiva [1999/44], hay dos partes bien diferenciadas: en primer lugar, la regla de la vinculación por la publicidad y, en segundo lugar, las excepciones a su aplicación. En cuanto a la regla de la vinculación del vendedor por la publicidad, la misma se justifica por la confianza que las declaraciones públicas concretas generan en el consumidor y usuario medio. La protección de la confianza se objetiva en cuanto ha de tomarse como referencia, no al consumidor concreto, sino al de tipo medio<sup>36</sup>. Es decir, la responsabilidad del vendedor por dichas declaraciones se basa en la presunción

---

teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado (...)».

Señala MARÍN LÓPEZ, *LL*, 2019, p. 6, respecto al artículo 71.d de la Directiva [2019/771], el cual transpone el artículo 115 ter, primero del TRLGDCU, que hubiera sido conveniente que las declaraciones públicas se hubieran tratado como un criterio de conformidad distinto. Tanto uno como otro precepto, en relación a las personas vinculadas por las declaraciones publicitarias, señala, además de al vendedor y al productor, a las personas que intervienen en las fases previas de la cadena de transacciones (extremo último no contemplado en la Directiva 1999/44).

<sup>35</sup> A favor de una falta de conformidad en los casos del Dieselgate CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, 2016, pp. 9-10 y PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1183. Esta consideración la hacen estos autores en relación con la falta de conformidad existente inicialmente, antes de que se produjera la primera actualización del software fraudulento, que, como vengo afirmando, fue infructuosa. También sostenía en ese momento en el ordenamiento alemán la existencia de una falta de conformidad en el caso Dieselgate, con base en el § 434.1 (1) BGB, SCHMID, 2017, p. 36. Tras la implementación de la Directiva [2019/771] es sustituido por el nuevo § 434.3 (2) BGB.

<sup>36</sup> MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 996, señala que las declaraciones vinculan al vendedor por lo que el consumidor «pueda fundadamente esperar». Más recientemente consúltese MORALES MORENO /GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 772. En sentido similar véase INFANTE RUIZ, 2015, epígrafe 1.2. *Regla general de integración de la publicidad para cualquier contrato de consumo* (consulta de la versión electrónica de la obra).

legal de que el consumidor celebró el contrato movido o inducido por dicha información<sup>37</sup>.

En particular, el vendedor queda vinculado no solo por la publicidad por él mismo realizada, sino también por las declaraciones públicas hechas por un tercero, por consiguiente, por las llevadas a cabo por el fabricante. En este sentido la protección de la confianza generada en el comprador es un riesgo que el vendedor debe soportar, aunque no le sea directamente imputable a él<sup>38</sup>. Así, saca una ventaja o beneficio de la venta y hay una vinculación económica entre vendedor y fabricante.

La propia normativa de consumo, que desarrolla la Directiva [1999/44], señala cuáles serán los efectos de esa vinculación del vendedor a la publicidad. Así, los artículos 118 a 122 TRLGDCU se ocupan de regular las acciones disponibles para el consumidor ante una falta de conformidad. Son, de forma preferente, el cumplimiento *in natura* (la reparación o sustitución del bien) y, ya en segundo lugar, la reducción del precio y la resolución contractual. Es posible también ejercitar la acción de daños y perjuicios contra el vendedor, pero por las normas generales del Código Civil en virtud del reenvío a las mismas que hace el propio TRLGDCU.

La legislación de consumo prevé, por tanto, la vinculación del vendedor por la publicidad llevada a cabo por tercero, pero bajo ciertos presupuestos y con ciertos límites. El artículo 116.1.d) *in fine* TRLGDCU, vigente en el momento de los hechos de la STJUE, es una buena muestra de ello cuando, en su segunda parte, apunta tres excepciones a tal vinculación: «*El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto*»<sup>39</sup>. Tales excepciones permiten tener en cuenta el modo específico en que cada consumidor ha contratado, y su denominador común es que se trata de hipótesis en que no existe esa confianza del consumidor<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> MARÍN LÓPEZ, «Artículo 116 TRLGDCU», 2015, p. 1701.

<sup>38</sup> LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 875.

<sup>39</sup> El hoy vigente artículo 115 ter en su párrafo 1.º, letra d) *in fine* TRLGDCU hace referencia sustancialmente a las mismas excepciones: «El empresario no quedará obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos:

1.º Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.

2.º Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada.

3.º Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital».

<sup>40</sup> En este sentido MORALES MORENO, ADC, 2020, p. 996.

Aplicadas al supuesto del Dieseldate, no podría jugar en ningún caso la excepción primera porque cuando menciona el desconocimiento de la declaración pública se refiere a la falta de conocimiento de tal declaración, pero no a la inexactitud de la misma<sup>41</sup>. Por tanto, el vendedor quedaría vinculado por la publicidad de Volkswagen AG porque es indudable que conoce su existencia; lo único que ignora que es falsa.

La segunda excepción tampoco podría aplicarse aquí en beneficio del concesionario vendedor, en cuanto que en el momento de la celebración del contrato de compraventa del vehículo con el demandante todavía no se había producido el comunicado verbal de Volkswagen A. G. admitiendo el defecto y su comportamiento fraudulento. La tercera y última excepción es la que, en todo caso, podría haber tenido más éxito en estos supuestos del Dieseldate, quedando el vendedor exonerado de responsabilidad si acredita que la cualidad o característica del bien ofrecida en la publicidad no fue determinante en la adquisición, de modo que el comprador habría tomado idéntica decisión también sin haber conocido las declaraciones públicas sobre el carácter ecológico del producto<sup>42</sup>.

Pero esta tercera excepción legal exige una prueba muy difícil a cargo del vendedor sobre el estado psicológico del contratante, de modo que parece que pocas aplicaciones reales podrá tener<sup>43</sup>. Piénsese, en este sentido, lo complicado que resultaría en el caso concreto acreditar por la entidad concesionaria que la publicidad de Volkswagen AG acerca del volumen de emisiones del vehículo no fue determinante en la decisión de adquirir por parte de ese determinado comprador.

En el caso hipotético (y muy improbable dadas las circunstancias) de que el vendedor no tuviera que responder de la falta de conformidad del bien porque pudiera acogerse a una de las tres excepciones legales antes indicadas, el comprador no quedaría desprotegido en cuanto podrá ejercitar la acción prevista contra el productor, que es de carácter subsidiaria y que entraría en juego aquí por imposibilidad de dirigirse al vendedor (antiguo artículo 124 y nuevo 125 TRLGDCU)<sup>44</sup>. Pero no podría solicitar frente al productor más que el cumplimiento en forma específica (reparación o sustitución del bien).

<sup>41</sup> Con carácter general MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 997.

<sup>42</sup> Sobre tal excepción véase en general MARÍN LÓPEZ, «Artículo 116 TRLGDCU», 2015, pp. 1705-1706.

<sup>43</sup> En este sentido INFANTE RUIZ, 2015, consúltese epígrafe 1.3. *Excepciones (art. 116. 1.d) TRLGDCU) y el problema de su extensión a todos los contratos con consumidores.*

<sup>44</sup> LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 873.

También podría ejercitar, en su caso, la acción de indemnización de daños y perjuicios, ésta última por la normativa general del Código Civil por reenvío del TRLGDCU. Se ha apuntado, con acierto, que probablemente el régimen sería el propio de la responsabilidad extracontractual por coherencia con la decisión del legislador de no poder solicitar frente al fabricante ni la resolución ni la reducción del precio, en cuanto este no ha sido parte en el contrato de compraventa<sup>45</sup>. Desde luego, a mi juicio, la decisión del legislador en la venta de bienes de consumo respecto a las acciones por falta de conformidad del bien que el consumidor puede plantear, de forma subsidiaria, contra el productor es muy clara, y en tal decisión está implícito, sin duda, el principio de la eficacia relativa de los contratos.

Fuera ya del ámbito específico de la legislación de consumo y, a falta de un precepto que regule de modo expreso la cuestión en el Código Civil vigente, la doctrina, aunque ha constatado que desde la óptica de la dogmática tradicional y del principio de la eficacia relativa de los contratos no es sencillo justificar la responsabilidad del vendedor por las declaraciones de un tercero que no es parte contractual, llega a semejante conclusión en virtud del principio de buena fe contractual (art. 1258 CC)<sup>46</sup>. Tal responsabilidad se fundamenta en la presunción de que conocía la publicidad ajena o cabía razonablemente esperar que la conociera por su actividad profesional en el sector, y en la asunción lógica de riesgos por la publicidad inexacta como contrapartida por las ventajas económicas que derivan de su actividad. Dicha responsabilidad contractual se ha calificado como objetivada y sin culpa, derivando directamente de la ley<sup>47</sup>.

La vinculación de un contratante, por las propias declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades promocionales de productos o servicios y por las que provengan de un tercero, se prevé, frente al silencio del Código vigente, tanto en las dos propuestas españolas (Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos –en adelante PMCC–<sup>48</sup> y Propuesta

<sup>45</sup> LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 876.

<sup>46</sup> ASÍ MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p.1028. También en MORALES MORENO / GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 776.

<sup>47</sup> En este sentido CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, p. 534.

<sup>48</sup> Artículo 1276 PMCC: «Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta. No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refirieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la



de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>49</sup>), como en los textos internacionales del moderno Derecho de contratos. Así, en los artículos 6:101 (2) y (3) PECL<sup>50</sup> y II.-9: 102 (2) y (4) DCFR<sup>51</sup>. La diferencia en estos dos últimos textos, en cuanto a la vinculación del contratante profesional por la publicidad procedente de un tercero, radica en que los PECL no excluyen tal vinculación, aunque se trate de relaciones entre empresarios. Por el contrario, en el DCFR la vinculación del contratante profesional solo juega cuando la otra parte es un consumidor.

### 3. SEGUNDO ARGUMENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LA ENTIDAD DE LA FALTA DE CONFORMIDAD: LA FALTA DE CONFORMIDAD ES «DE NO ESCASA IMPORTANCIA»

Según sostiene el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria que plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE, alberga dudas sobre si la incorporación en el coche de este dispositivo de desactivación, cuyo uso está prohibido por el artículo 5 (2) del Reglamento [núm. 715/2007], puede calificarse de falta de conformidad de escasa importancia, a la luz del artículo 3 (6) de la Directiva [1999/44], en aquellos supuestos en que el comprador hubiera adquirido el vehículo, aunque hubiera tenido conocimiento de la existencia y del funcionamiento del dispositivo. El citado precepto afirma que «El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia». Luego, *a sensu contrario*, el consumidor podrá resolver si la falta de conformidad es de «no escasa importancia»<sup>52</sup>.

cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos» (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *BMJ*, p. 55).

<sup>49</sup> Artículo 525-3 APDC: Declaraciones de las que derivan obligaciones contractuales. «1. Quedan incorporadas al contrato y tienen valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que la otra parte haya conocido o deba haber conocido que tal declaración o afirmación no era cierta. 2. No impide la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resulten conocidas o cognoscibles para el contratante empresario, este no haya excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto o servicio, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización de la que forman parte empresario y tercero» (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 681).

<sup>50</sup> LANDO/BEALE (ed), 2000, p. 299.

<sup>51</sup> Consúltese STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 582.

<sup>52</sup> Es discutible la fuente de inspiración del artículo 3 (6) de la Directiva, habiéndose apuntado su origen, bien en los ordenamientos escandinavos (tesis defendida por STAUDENMAYER, *European Review of Private Law*, 2000, p. 556), bien en la *Section 14*, (2B), (c), de la *Sale of Goods Act* (inglesa) de 1979, en la que se mencionan, entre los extremos de la

Entiende el TJUE, en su contestación a la cuestión prejudicial, por una parte, que el elemento subjetivo del conocimiento de la falta de conformidad por parte del consumidor en el momento de la compra sí es relevante para la propia existencia de tal falta de conformidad. Así, el artículo 2 (3) de la Directiva [1999/44] señala que no hay falta de conformidad si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de ese defecto o no podía fundamentalmente ignorarlo, o si la falta de conformidad posee su origen en materiales que ha suministrado el propio consumidor. Pero en el caso concreto de la sentencia (y en general de los casos del Dieselgate) resulta indiscutible que el comprador no tuvo conocimiento de dicha falta de conformidad en el momento de la compra<sup>53</sup>. Así sucederá, sin duda, en todos los casos de compraventa de vehículos anteriores al reconocimiento público del fraude por la fabricante alemana en el mes de septiembre de 2015, pero no con los contratos posteriores a dicho momento temporal.

Por otra parte, también señala el TJUE que el hecho de que, tras la compra, un consumidor admita que habría adquirido el bien de todas formas, aun cuando hubiera tenido conocimiento de tal falta de conformidad, carece de relevancia para concluir si una falta de conformidad debe calificarse como «de escasa importancia»<sup>54</sup>.

Apoyándose en jurisprudencia anterior del propio TJUE, el pronunciamiento en examen sostiene que, puesto que la Directiva [1999/44] no define el concepto de «falta de conformidad de escasa importancia», la determinación del significado y del alcance de la expresión debe llevarse a cabo conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, tomando en consideración, tanto el contexto en el que se utiliza, como los fines perseguidos por la normativa de la que forma parte<sup>55</sup>.

En relación con el sentido habitual de la expresión, entiende el tribunal que el concepto de «falta de conformidad de escasa impor-

---

*quality of goods, la freedom from minor defects* (tesis sostenida por DE CRISTOFARO, 2000, p. 210 nota de pie de página 56).

<sup>53</sup> Consúltense STJUE asunto C-145/20, Apartados 83 y 84.

<sup>54</sup> Véase STJUE asunto C-145/20, Apartado 86.

<sup>55</sup> STJUE asunto C-145/20, Apartado 88. FENOY PICÓN, ADC, 2009, p. 233, señala que no es clara la razón por la que la Directiva no define el concepto de falta de conformidad «de escasa importancia». Podría deberse, a su juicio, a dos motivos: o bien porque el legislador europeo presupone que queda claro aquello que el citado concepto evoca, o bien porque prefiere dejar en manos de los Estados miembros esta cuestión. El uso de los conceptos indeterminados o cláusulas abiertas es usual en las Directivas, pero, afirma también la autora que esta técnica genera ciertos inconvenientes, como sucede en este caso concreto.

DE CRISTOFARO, 2000, pp. 210-211, sostiene que, a su juicio, a falta de una definición normativa de defecto menor, se trata de una noción elástica, susceptible de ser concretada cada vez en relación a las peculiares características de cada caso concreto y que, en principio, se refiere a un defecto susceptible de ser reparado rápidamente y sin costes significativos.

tancia» se refiere a una falta de conformidad leve. En cuanto al contexto en el que se inserta tal expresión, remite al artículo 3 apartados 3, 5 y 6 de la Directiva [1999/44], los cuales establecen una secuencia clara en la realización de las formas de saneamiento a que tiene derecho el consumidor en caso de falta de conformidad.

Primero, los consumidores podrán reclamar a los vendedores la reparación del bien o su sustitución, con la excepción de que ello resulte imposible o desproporcionado. Solo cuando los consumidores no ostenten derecho a la reparación ni a la sustitución del bien, o cuando los vendedores no hayan llevado a cabo alguna de tales formas de saneamiento en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para los consumidores, estos tendrán derecho a acudir a la resolución del contrato (art. 3 (5) Directiva [1999/44])<sup>56</sup>, salvo que la falta de conformidad sea de escasa importancia (en este último sentido el artículo 3 (6) de la Directiva)<sup>57</sup>. Por tanto, el TJUE otorga a la resolución, conforme a la regulación prevista en la normativa, un carácter subsidiario frente a los remedios de la puesta en conformidad del producto, y aparece supeditada a que la falta de conformidad no sea de escasa importancia.

Respecto a los objetivos perseguidos por la Directiva [1999/44], el TJUE señala que esta persigue establecer un justo equilibrio entre los intereses del consumidor y los del vendedor, de modo que trata de ofrecer una tutela completa al primero contra el incumplimiento de obligaciones contractuales, pero, a la vez, teniendo en cuenta consideraciones económicas del segundo<sup>58</sup>.

La razón del itinerario concreto a seguir por parte del consumidor frente al vendedor (preferencia de los remedios que suponen el mantenimiento del contrato –reparación, sustitución– respecto a los remedios que implican alteración del contenido de las prestaciones –reducción del precio– o disolución del vínculo –resolución–) se halla, fundamentalmente, en la conservación del negocio celebrado y, en definitiva, en la seguridad de las transacciones<sup>59</sup>. Es

<sup>56</sup> Refiriéndose al camino diseñado en su día por la Directiva [1999/44] GARCÍA RUBIO, *LL*, 2003, pp. 5-6.

<sup>57</sup> Véanse STJUE Asunto C-145/20, Apartados 91 y 92. STAUDENMAYER, 2000, p. 554, explica que, frente a la inicial propuesta de la Comisión Europea, que ofrecía al consumidor la posibilidad de elegir entre los cuatro remedios, finalmente se optó por la solución, a su juicio práctica, de elegir una fórmula a doble nivel (primero, reparación-sustitución, segundo, reducción del precio-resolución). Señala que fue bastante problemático decidir si debía ser el vendedor o el consumidor quien eligiera el remedio y cómo se haría el tránsito entre los dos niveles de remedios. Se adoptaron, tras largos debates, soluciones de compromiso en el artículo 3 (3)-(6) de la Directiva [1999/44]. Aunque, en su opinión, dicha fórmula de consenso es satisfactoria, critica que quizás estos artículos son demasiado detallados y que los mismos no dejan un cierto margen de libertad de decisión a los Estados miembros.

<sup>58</sup> Véase STJUE Asunto C-145/20, Apartado 93.

<sup>59</sup> Así, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 118 TRLGDCU», 2015, p. 1727.

lógico el carácter subsidiario de la resolución en el esquema legal, en cuanto se trata de una medida en principio poco interesante para ambas partes. Al implicar efectos retroactivos, el vendedor quedará obligado a devolver el precio y recuperará un bien con defectos de difícil colocación posterior en el mercado<sup>60</sup>.

Y para el comprador, al menos teóricamente, la satisfacción de sus legítimas expectativas pasa, en primer lugar, por el correcto cumplimiento del contrato y por la obtención, así, de un bien conforme a este<sup>61</sup>. Digo teóricamente porque en los casos del Dieselgate planteados en España siempre se han ejercitado por los adquirentes de los vehículos acciones que implican la devolución recíproca de las prestaciones, como las acciones de anulabilidad por vicios del consentimiento (dolo, error) y la acción de resolución contractual<sup>62</sup>.

El TJUE afirma, finalmente, que la resolución del contrato, que define como el remedio jurídico más radical al alcance del consumidor, solo puede solicitarse si la falta de conformidad es de suficiente importancia<sup>63</sup>.

En resolución de la tercera cuestión prejudicial planteada, el tribunal concluye que la presencia de un dispositivo en el vehículo cuyo uso está prohibido por el artículo 5 (2) del Reglamento [núm. 715/2007] no puede calificarse como de escasa importancia, incluso si el comprador hubiera adquirido de todas formas el vehículo si hubiera conocido la existencia y funcionamiento del dispositivo.

Qué razones concretas da el TJUE para llegar a la conclusión anterior: En primer lugar, se está ante un tipo de vehículo que no debió ser nunca homologado al incluir un dispositivo ilegal. Tal vehículo, en segundo lugar, no respeta los valores límite de emisiones señalados en el Anexo I del Reglamento [núm. 715/2007]. Este último persigue, entre otros fines estratégicos de la Unión Europea, la protección del medio ambiente y la necesidad, para mejorar la calidad del aire, de una reducción considerable de las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) de los vehículos diésel<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 121 TRLGDCU», p. 1762, señala que la rebaja del precio no satisface tampoco a los vendedores, en cuanto implica una reconsideración continua de operaciones de venta ya efectuadas y una pérdida parcial de ingresos, no pareciéndole, además, una medida adecuada para los intereses del comercio.

<sup>61</sup> MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 118 TRLGDCU», p. 1727. Este mismo autor, en el «Comentario al art. 121 TRLGDCU», p. 1762, explica que, si el objeto comprado tiene una falta de conformidad, lo normal es que el consumidor persiga la conformidad del bien mediante la reparación o sustitución, y que no tenga interés en quedarse con el bien con el defecto a cambio de obtener una rebaja del precio, salvo cuando el bien recae sobre un bien infungible de difícil o imposible reparación.

<sup>62</sup> Un análisis pormenorizado en RODRÍGUEZ GUITIÁN, *ADC*, 2022, pp. 635 ss.

<sup>63</sup> Véase STJUE Asunto C-145/20, Apartado 94.

<sup>64</sup> Consúltese STJUE Asunto C-145/2020, Apartado 95. En los considerandos del Reglamento [núm. 715/2007], además, se incluye:

### III. CONSECUENCIAS DEL FALLO DE LAS SSTJUE SOBRE EL REMEDIO DE LA RESOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL EN LOS CASOS DEL DIESELGATE

#### 1. ANÁLISIS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS [1999/44] Y [2019/771] POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL RESPECTO A LA MEDIDA DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

En los casos concretos resueltos por las tres sentencias del TJUE, de 14 de julio de 2022, es preciso puntualizar que ya se había producido una reparación previa con la actualización del software ofrecida por la fabricante tras el descubrimiento del fraude y el reconocimiento público del mismo, pero que tal actualización había sido un fracaso de cara a la puesta en conformidad del bien. Esto es, la reprogramación hecha no impide que continúe existiendo un dispositivo prohibido por el Reglamento comunitario.

Al calificar el TJUE la falta de conformidad como «no de escasa importancia» la consecuencia parece clara: de acuerdo con la normativa de consumo es indudable que el consumidor tiene ya abierta la posibilidad de utilizar el remedio de la resolución contractual (aunque realmente la sentencia del TJUE no examina si procede la reparación u otro remedio alternativo a la resolución, si la reparación fue insatisfactoria o si la propia resolución es conveniente o no<sup>65</sup>). Esta

---

Considerando (1): «(...) deben armonizarse los requisitos técnicos para la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones, para evitar que difieran de un Estado miembro a otro y asegurar un elevado nivel de protección medioambiental».

Considerando (4): «(...) la reducción de las emisiones de los vehículos debe abordarse como parte de una estrategia global. Las normas Euro 5 y Euro 6 son una de las medidas encaminadas a reducir las emisiones de partículas y precursores de ozono como los óxidos de nitrógeno y los hidrocarburos».

Considerado (5): «La realización de los objetivos de la UE en materia de calidad del aire requiere un esfuerzo continuo para reducir las emisiones de los vehículos (...)».

Considerado (6): «En particular, para mejorar la calidad del aire y respetar los valores límite de contaminación atmosférica se requiere una reducción considerable de las emisiones de óxidos de nitrógeno de los vehículos diésel (...)».

<sup>65</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2023, pp. 14-15. En cualquier caso, este autor sostiene que no cabe interpretar que las Directivas europeas contienen remedios contractuales frente a las prácticas ambientales insostenibles. Afirma, además, que el derecho privado de los contratos no concede derechos subjetivos a los consumidores para sustentar sus reclamaciones de sostenibilidad cuando las mismas no se han incorporado en el precio del contrato en cuanto expectativa legítima de las partes (véase pp. 23-24). Por su parte, afirma JANSSEN, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2022, p. 172, que el TJUE ha reforzado los derechos de los consumidores adquirentes de coches en estos supuestos del Dieselgate y, por tanto, las posibilidades de éxito de las reclamaciones contra los vendedores son elevadas, siempre y cuando las acciones para hacer valer sus derechos no hayan prescrito.

afirmación puede mantenerse tanto respecto a la Directiva [1999/44] (aplicable en el momento de los hechos de los casos) como a la Directiva [2019/771], hoy vigente. Así, ambas Directivas señalan que no puede acudir a la resolución si la falta de conformidad, respectivamente, es de escasa importancia (artículo 3 (6) de la Directiva [1999/44]) o es leve (artículo 13 (5) Directiva [2019/771]). Es verdad que cambia la terminología entre ambas Directivas, pero, a mi juicio, la idea que subyace en ellas es idéntica.

Qué razones puede haber para que sea procedente el ejercicio de la resolución con la condición imprescindible de que se esté ante una falta de conformidad de «no escasa importancia» o «no leve». Una primera razón es que ambas Directivas establecen una jerarquía entre los remedios disponibles ante la falta de conformidad, en la que se da prioridad a la puesta en conformidad del bien mediante la reparación o sustitución. Si se permite solicitar la resolución del contrato con una exigencia tan baja respecto a la entidad de la falta de conformidad es porque ya antes el vendedor ha tenido la oportunidad de reparar o de sustituir el bien. Dicho de otro modo, ha dispuesto ya de la oportunidad de evitar la resolución del contrato. Por el contrario, cuando el comprador posee libertad de elección en cuanto al ejercicio de los remedios ante un incumplimiento contractual (por ejemplo, el artículo 1124 CC conforme a su literalidad), la exigencia para la interposición de la resolución ha de ser más elevada requiriendo que la falta de conformidad sea de relevancia<sup>66</sup>.

A la razón anterior puede añadirse que esta opción de las Directivas de permitir la resolución con un umbral más amplio va conectada a la finalidad de la política comunitaria de consecución de un nivel de protección más elevado para el consumidor. De este modo, al consumidor se le proporciona más fácilmente una salida del contrato que al comprador ordinario<sup>67</sup>.

Yendo al ordenamiento español, el artículo 121 TRLGDCU, que se corresponde en nuestro ordenamiento con el artículo 3 (6) de la Directiva [1999/44], señala en su parte final que «*La resolu-*

---

<sup>66</sup> En este sentido, en relación con la Directiva [1999/44], SIVESAND, 2005, pp. 150-151, señala que la cuestión es especialmente importante en el caso de las compraventas comerciales internacionales. Debido a la complejidad y a la relevancia de tales contratos, la terminación del contrato no debería concederse por defectos banales. No obstante, matiza FENOY PICÓN, 2009, pp. 260-261, que no siempre cabe establecer una contraposición clara entre los sistemas que optan por una jerarquía de remedios y los sistemas de libre elección de los mismos por el acreedor. En ocasiones, en un sistema de libre elección de remedios, ante una falta de conformidad esencial puede reconocerse al vendedor la posibilidad de paralizar la resolución ejercitada con carácter previo por el comprador, mediante el ofrecimiento a poner el bien en conformidad. En caso de que el primero no consiga subsanar dicha falta, el comprador podría ya resolver. Como puede derivarse de este ejemplo que cita esta autora, se está ante un sistema de libre elección de remedios y, sin embargo, la resolución ha entrado en juego aquí también en un segundo nivel.

<sup>67</sup> FENOY PICÓN, 2009, p. 234.

*ción no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia».* El principal problema que plantea el artículo 121 TRLGDCU, según ha apuntado la doctrina, es la determinación de cuándo una falta de conformidad es de escasa importancia. De forma mayoritaria se ha considerado como tal cualquier violación leve de la obligación de conformidad. Así, se ha mantenido, por una parte, que la falta de conformidad de escasa importancia es aquella que, atendida la finalidad perseguida con la celebración del contrato y las características del bien, convierte en abusiva e injustificada la resolución<sup>68</sup>.

Por otra parte, se ha sostenido que tal concepto se refiere a defectos menores, pequeños, nimios, sin importancia o apenas perceptibles, ante los que el vendedor mantiene el contrato, siempre que el interés contractual del consumidor quede satisfecho. Es decir, el consumidor debe tolerarlos en el sentido de que no puede acudir al remedio de la resolución y lo más que podrá ejercitar es la reducción del precio<sup>69</sup>.

Marín López<sup>70</sup> señala que la entidad o importancia de la falta de conformidad ha de medirse por criterios objetivos o habituales del tráfico, de modo que el mercado acaba decidiendo si la desviación es o no relevante (el embalaje, por ejemplo, podría estimarse un defecto de escasa importancia<sup>71</sup>). Pero puntualiza que también han de tenerse en cuenta criterios subjetivos, es decir, el efecto que puede haber tenido la falta de conformidad en la consecución del propósito del consumidor al adquirir el bien. En este sentido un defecto objetivamente leve pueda estimarse significativo si se acredita que la finalidad del comprador al adquirir se frustra. La valoración de la importancia de la falta de conformidad queda, en principio, a criterio de las partes, pero a falta de acuerdo entre ellas, será el juez quien deberá determinarlo.

En los casos del Dieselgate el criterio subjetivo podría ser de importancia en aquellas hipótesis en las que el comprador lo hiciera guiado por un claro interés ecológico<sup>72</sup>. Sin embargo, como ya

<sup>68</sup> BUSTO LAGO, «Comentario al art. 21 TRLGDCU», 2015, p. 280.

<sup>69</sup> FENOY PICÓN, 2009, pp. 220 y 298.

<sup>70</sup> MARÍN LÓPEZ, «Comentario al art. 121 TRLGDCU», 2015, p. 1767.

<sup>71</sup> En el mismo sentido se pronuncia ORTI VALLEJO, 2002, p. 187.

<sup>72</sup> En el estudio «Go Electric», elaborado por Ford, se estima que el 40% de los españoles considera un factor determinante la sostenibilidad medioambiental a la hora de adquirir un vehículo, cifra que se incrementa considerablemente en el segmento de edad situado entre los 18 y los 24 años (se eleva al 73%) y entre los mayores de 55 (el 89% ya lo considera un factor a tener en cuenta) (consúltese tal estudio en «El 40% de los españoles considera la sostenibilidad medioambiental a la hora de adquirir un vehículo», *LL*, 2/11/2021).

No obstante, la SAP Burgos (sección 2.ª) núm. 304/2018 de 18 de septiembre (AC 2018/1571, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera), que desestima la pretensión de anulabilidad por error del comprador, señala que la creciente

se ha apuntado antes, el TJUE parece alejarse de este criterio subjetivo, acogiendo un criterio objetivo, al afirmar que carece de relevancia para concluir si una falta de conformidad es de escasa importancia que, tras la compra, el consumidor admita que habría comprado el bien de todas formas, aun cuando hubiera tenido conocimiento de tal falta de conformidad<sup>73</sup>.

La conclusión antes apuntada respecto a la Directiva [1999/44] y al artículo 121 TRLGDCU que la desarrolla, en el sentido de que la calificación de la falta de conformidad por el TJUE como de «no escasa importancia» sin duda abre a la vía de la resolución contractual, tampoco cambiaría con la Directiva vigente [2019/771] y con la redacción nueva del TRLGDCU llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 7/2021, que transpone esta última Directiva. El orden jerárquico otorgando preferencia inicial a los remedios de la reparación y de la sustitución del bien está también presente en los nuevos artículos 117 y ss TRLGDCU, que se ocupan de la responsabilidad del empresario y de los derechos del consumidor o usuario. La reducción del precio y la resolución del contrato son, en principio, remedios subsidiarios o secundarios en favor del consumidor.

E igualmente, en línea con la anterior redacción, el artículo 119 *ter* apartado 2.º TRLGDCU señala que la medida de la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia<sup>74</sup>. Se considera que esta expresión incluiría cualquier vulneración leve de la obligación de conformidad. Podría resolverse el contrato, pues, siempre que la falta de conformidad no sea de escasa importancia, de modo que no sería preciso en ningún caso acreditar que se está ante un incumplimiento grave o esencial por parte del empresario<sup>75</sup>.

---

sensibilidad ecológica no puede llevar a desconocer que una gran parte de los consumidores compradores de vehículos lo hacen por la relación calidad-precio, es decir, por la relación de las prestaciones del vehículo con el precio del mismo, y que la mayor o menor emisión de gases contaminantes es un factor secundario o irrelevante en su compra. Parece que no hay prueba de que el comprador, en este litigio concreto, estuviera especialmente sensibilizado por el tema ecológico y que, por tanto, la emisión de gases contaminantes haya podido ser un factor relevante y decisivo en su decisión de adquirir el coche.

En cualquier caso, a mi juicio, parece obviarse en la argumentación de la citada sentencia el hecho de que la publicidad hecha por el fabricante sobre el carácter ecológico del producto ha pasado a formar parte del contrato. Los contenidos de la información publicitaria, tal y como se ha sostenido (MORALES MORENO/GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 781) pueden incorporarse al contrato en cuanto presuposiciones del contrato («hechos o circunstancias tomados en el contrato como base fáctica del mismo»), de manera que la parte contratante que ha confiado en la exactitud de la publicidad podrá ejercitar remedios contractuales, como la anulación del contrato por error o por dolo.

<sup>73</sup> Así, STJUE Asunto C-145/20, apartados 83 y 85.

<sup>74</sup> «La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario».

<sup>75</sup> LETE ACHIRICA, «Comentario al artículo 119 *ter* TRLGDCU», 2022, p. 1753.



### 1.1 ¿Admisión del remedio de la resolución en todo caso ante una previa reparación infructuosa del bien?

Es interesante preguntarse qué hubiera ocurrido si el TJUE hubiera calificado la falta de conformidad como de «escasa importancia». ¿Se abriría también al consumidor la puerta al remedio de la resolución puesto que ha habido ya una previa reparación infructuosa del software por parte del fabricante, hecha mediante una actualización del mismo tras el reconocimiento público del fraude?

En mi opinión, es claro que no quedaría abierta la posibilidad de disponer del remedio de la resolución en virtud de la normativa española de desarrollo de la Directiva [1999/44]. Es cierto que el artículo 120 d) TRLGDCU señala que el carácter infructuoso de la previa reparación permite al consumidor solicitar, a su elección, la sustitución (salvo que esta resulte desproporcionada), la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en ese mismo capítulo<sup>76</sup>. Sin embargo, de la expresión final del precepto («*En los términos previstos en este capítulo*») cabe derivar la idea de que, tal y como establece el artículo 121 *in fine* TRLGDCU, no procede la resolución si el bien reparado posee una falta de conformidad de escasa importancia. Tanto el artículo 120 como el 121 TRLGDCU se encuentran en un mismo capítulo, el II, titulado «Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario». Si no se pusieran en relación ambos preceptos, la medida de la resolución contractual podría constituir en ciertos casos un remedio desproporcionado en perjuicio del vendedor<sup>77</sup>.

Ahora bien, esta conclusión anterior, que comparto, no es unánime, ya que para algún sector doctrinal el fracaso de la medida de la reparación o de la sustitución podría abrir al remedio resolutorio, aunque la falta de conformidad sea de escasa importancia. A su juicio, la previa reparación infructuosa no es sino un supuesto en el que la reparación o la sustitución no se han podido llevar a cabo sin «mayores inconvenientes» para el consumidor, y en tal hipótesis el artículo 121 del TRLGDCU, en su primer inciso, permite acudir a los remedios subsidiarios de la reducción del precio y de la resolución.

<sup>76</sup> Artículo 120 (Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto): d) «Si concluida la reparación y entregado el producto, éste sigue siendo no conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la sustitución del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo».

<sup>77</sup> Así lo afirma FENOY PICÓN, 2009, p. 235, refiriéndose a los artículos 3 (5) y 3 (6) de la Directiva [1999/44]. A su juicio, la regla de poder resolver el contrato en toda posible hipótesis no guarda coherencia con el principio de la buena objetiva. En la misma línea, FENOY PICÓN, *CCJC*, 2008, p. 1320.

Así, dicho primer inciso considera que «*La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario*». Se sostiene que, de no admitir el remedio de la resolución en estas hipótesis de reparación infructuosa, se obligaría al comprador a mantener la vinculación contractual pese a la existencia de reiterados incumplimientos leves por parte del vendedor<sup>78</sup>.

No obstante, la conclusión anterior ya no parece tan evidente conforme al texto normativo modificado por el Real Decreto 7/2021, que transpone el artículo 13 (4) (b) de la vigente Directiva [2019/771]. Así, cabe preguntarse si podría subsumirse este supuesto del Dieselgate resuelto por el TJUE, de haber sido aplicable por el tiempo de los hechos del caso, en el nuevo artículo 119 d) TRLGDCU. Este último establece la posibilidad que tiene el consumidor de exigir una reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato en el supuesto de que «*Aparezca cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad*»<sup>79</sup>. Es una disposición severa para el empresario en la medida en que le concede solo una oportunidad para poner los bienes en conformidad si quiere evitar los otros remedios más estrictos, como la resolución contractual o la reducción del precio<sup>80</sup>.

Parece, pues, que para el artículo 13 (4) (b) de la Directiva [2019/771] es suficiente un único intento infructuoso de puesta en conformidad del bien, aunque permite en su Considerando núm. 52 que la norma de cada Estado miembro pueda prever de modo expre-

<sup>78</sup> MARÍN LÓPEZ, «Comentario al art. 121», 2015, p. 1768 y «Comentario al art. 120 TRLGDCU», 2015, p. 1753.

<sup>79</sup> Según LETE ACHIRICA, «Comentario al artículo 119 *ter* TRLGDCU», 2022, p. 1753, se trata de un supuesto en que podría tener lugar la resolución, aunque la falta de conformidad sea de escasa importancia.

<sup>80</sup> En este sentido se pronuncia GSELL, 2020, p. 260, refiriéndose al artículo 14 (4) (c) de la Directiva [2019/770] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales.

Dicho artículo afirma: «El consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo al apartado 5, si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio, o bien la resolución del contrato con arreglo al apartado 6, en cualquiera de los casos siguientes: c) subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad».

El artículo 14 (4) (c) de la Directiva [2019/770] es idéntico al recogido en el artículo 13 (4) (b) de la Directiva [2019/771], el cual establece: «El consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 o bien la resolución del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16, en cualquiera de los supuestos siguientes: b) subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad».

so un segundo intento adicional<sup>81</sup>; previsión por la que, como se aprecia, no ha optado el legislador español. En concreto, en su parte final dicho Considerando señala que puede estar justificado permitir al vendedor una nueva subsanación de la falta de conformidad en las hipótesis de bienes caros o complejos<sup>82</sup>.

Surge la duda de si la falta de conformidad que permite al consumidor pedir directamente la reducción del precio o la resolución debe ser la misma que antes sirvió de fundamento para que el consumidor reclamara al empresario la puesta en conformidad de los bienes (o de los contenidos o servicios digitales). Se ha puesto de relieve la discordancia existente en este extremo entre, por una parte, el artículo 119 d) TRLGDCU y, por otra parte, los artículos 13 (4) (b) de la Directiva [2019/771] y 14 (4) (c) de la Directiva [2019/770], porque en ambas Directivas se afirma que «*subsiste la falta de conformidad*», a pesar del intento del vendedor o empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad<sup>83</sup>.

Por tanto, parece, de acuerdo con el tenor de las dos Directivas citadas, que ha de interpretarse que, tras intentar el empresario resolver una primera falta de conformidad, esa misma falta continúa subsistiendo. Por el contrario, la letra d) del artículo 119 TRLGDCU solo alude a que «*aparezca cualquier falta de conformidad*», lo que podría significar que, una vez subsanada una primera falta de conformidad por el empresario, ha aparecido otra falta de conformidad diferente de la primera<sup>84</sup>. ¿Cabe afirmar con claridad que en los casos del Dieselgate resueltos por el TJUE ha aparecido una nueva falta de conformidad con el sistema de la «ventana de temperaturas», fruto de la reprogramación hecha por la fabricante? No resulta nada sencilla la respuesta.

<sup>81</sup> «En determinadas situaciones, podría estar justificado que el consumidor tenga derecho a que se reduzca el precio o a resolver el contrato inmediatamente. Cuando el vendedor haya tomado medidas para restablecer la conformidad de los bienes, pero posteriormente se manifieste una falta de conformidad, debe determinarse objetivamente si el consumidor debe aceptar nuevos intentos del vendedor de restablecer la conformidad de los bienes, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, como por ejemplo el tipo y valor de los bienes, y la naturaleza e importancia de la falta de conformidad».

<sup>82</sup> «En particular, cuando se trate de bienes caros o complejos, podría estar justificado permitir al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad». CASTILLA BAREA, 2021, *capítulo III. Epígrafe V.3.2. B*, explica que, si bien la determinación del grado de complejidad del bien puede ser un criterio de cierta objetividad, no sucede lo mismo respecto a la calificación del precio del bien como caro o barato, en cuanto que ello puede depender de una circunstancia subjetiva, como el poder adquisitivo del consumidor.

<sup>83</sup> Véase el texto de los artículos en la nota 80 del presente trabajo.

<sup>84</sup> De acuerdo con esta interpretación del art. 119 d) TRLGDCU AGÜERO ORTIZ, AC, 2021 (consulta *online*). Ponen de relieve la discordancia entre el legislador español y el comunitario LETE ACHIRICA, «Comentario al artículo 119 TRLGDCU», 2022, pp. 1739-1740 y FERRER GUARDIOLA, *Revista de Derecho Civil*, 2021, p. 202. Apunta este último autor que otra vez el legislador español se ha alejado del tenor y contenido de la Directiva, haciendo una transposición ambigua de esta.

## 2. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE EL REMEDIO JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CASOS DEL DIESELGATE

### 2.1 **Diferencia de regulación de la resolución entre la normativa de consumo y el Código Civil en cuanto a la exigencia de la entidad del incumplimiento contractual**

Las demandas de los compradores españoles en los litigios del Dieselgate no se han fundamentado, salvo alguna excepción aislada, en la normativa reguladora de los remedios por falta de conformidad de los artículos 114 ss TRLGDCU (preceptos también vigentes en el momento temporal de los hechos de las SSTJUE). La razón, sin duda, se encuentra en que las acciones para reclamar estos remedios ya habían prescrito al tiempo de la interposición de las demandas<sup>85</sup>. Dichas acciones estarían extinguidas a la luz del artículo 123.1 TRLGDCU, en virtud del cual el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega del bien. Es decir, más allá de este plazo el riesgo de falta de conformidad lo soportará el comprador, aunque dicha falta sea preexistente a la entrega del bien y desconocida por el consumidor. A ello ha de añadirse que, a tenor del párrafo 4.º del citado precepto, las acciones para reclamar los remedios por falta de conformidad prescribirán a los tres años desde la entrega del producto<sup>86</sup>.

Por lo dicho con anterioridad, los tribunales españoles que han resuelto casos del Dieselgate no han tenido, en principio y como regla general, la oportunidad de plantearse cuál de los remedios previstos

<sup>85</sup> Un ejemplo, entre otros muchos, es la SAP de Valladolid (sección 3.ª) núm. 391/2017 de 21 de noviembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas (JUR 2018/30442). Este mismo problema parece haberse dado también en el ordenamiento alemán. Señala SCHMID, 2017, p. 44, que los breves periodos de prescripción de los remedios contractuales por defectos del bien han conducido a la desestimación de muchas reclamaciones en su país.

<sup>86</sup> MARÍN LÓPEZ, «Artículo 123 TRLGDCU», 2015, p. 1779, criticaba la fijación de un plazo único de garantía o manifestación del defecto de 2 años como regla general para todos los bienes de consumo, y lo consideraba breve cuando se trata de bienes de naturaleza duradera, como electrodomésticos o vehículos. Tras la redacción dada por el RDL 7/2021, que transpone las Directivas 2019/770 y 2019/771, el nuevo artículo 120.1 TRLGDCU señala que el empresario, en el caso de contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, será responsable de las faltas de conformidad existentes en el momento de la entrega o del suministro y que se manifiesten, en el caso de los bienes, en un plazo de tres años desde la entrega. En cuanto al plazo de prescripción de la acción, el nuevo artículo 124 TRLGDCU señala que la acción para reclamar el cumplimiento prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad. Sin duda la reforma ha supuesto en este extremo concreto un refuerzo de la tutela del consumidor al haber ampliado temporalmente tanto el plazo de manifestación de las faltas de conformidad como los plazos de prescripción de las acciones correctoras.

en el TRLGDCU era el más idóneo y si estábamos ante una falta de conformidad de escasa importancia o no a la luz del citado texto normativo. Los compradores han optado, pues, por interponer sus demandas en virtud de los remedios previstos en el Código Civil. Así, como pretensión principal los demandantes suelen solicitar en su demanda la declaración de la anulabilidad del contrato de compraventa por existencia de vicio del consentimiento (dolo o error) o, alternatively, la resolución del contrato por incumplimiento y, en uno y otro caso, la condena a la parte demandada al pago de la indemnización por los daños morales sufridos y por los intereses y los gastos de financiación desembolsados por el comprador.

Y, como petición subsidiaria, si no es estimada la pretensión de nulidad relativa o de resolución por incumplimiento contractual, la condena a la parte demandada, además de al abono de los aludidos daños morales y gastos de financiación, a reparar los daños y perjuicios causados por la depreciación del valor del vehículo, más los intereses legales pertinentes en cualquiera de los supuestos. Desde luego no voy a profundizar aquí en la oportunidad y viabilidad de estas acciones, que exceden el objeto de este trabajo<sup>87</sup>. Me voy a detener únicamente en la medida de la resolución.

En primer lugar, lo que resulta claro es que el artículo 121 de la antigua redacción del TRLGDCU (y también el nuevo artículo 119 ter apartado 2 TRLGDCU), al prever que «*la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia*», sin duda se separa en este extremo de la consolidada doctrina jurisprudencial que, en sede del artículo 1124 CC, exige que el incumplimiento sea grave o esencial para que el acreedor pueda resolver el contrato<sup>88</sup>. Esto es, el artículo 121 TRLGDCU amplía el ámbito

<sup>87</sup> Remito al estudio pormenorizado de RODRÍGUEZ GUITIÁN, *ADC*, 2022, pp. 642 ss.

<sup>88</sup> Explica ORTI VALLEJO, 2002, p. 184, que una cosa es la exigencia de la Directiva [1999/44] de que el defecto no sea de escasa importancia para poder resolver el contrato y otra muy distinta la exigencia de que el defecto sea grave, subrayando el cambio tan significativo que supone la Directiva frente a la aplicación jurisprudencial del artículo 1124 CC.

Y qué duda cabe que la Directiva también supone una ruptura respecto a un precedente legal anterior, la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías. Así, consúltese el artículo 49.1. a) CISG («El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) Si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato») y el artículo 25 CISG («El incumplimiento por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la otra parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación»).

SIVESAND, 2005, pp. 146-147, señala que el concepto «minor» referido a la falta de conformidad en la Directiva [1999/44] tiene un diferente significado que en la CISG cuando esta se refiere al «fundamental breach of contract». Ello incide, a su juicio, en la carga de la prueba. Bajo la CISG, el comprador tiene que acreditar que el incumplimiento contractual es esencial. En el caso de falta de conformidad del bien tiene que probar, por

de la resolución en cuanto a la entidad del incumplimiento, pues tal medida solo está prohibida cuando la falta de conformidad es de escasa importancia, pero procederá en cualquier otro supuesto, aunque no pueda calificarse como grave<sup>89</sup>.

En el caso del antiguo artículo 121 TRLGDCU y del artículo 1124 CC la tarea del juez es muy diversa. Cuando se aplique el primero de los preceptos señalados la función judicial se circunscribe a constatar si el cumplimiento ha resultado infructuoso o no ha podido llevarse a cabo por ser imposible o desproporcionado. Si así fuera, se abriría la vía resolutoria para el consumidor con el límite de que la falta de conformidad sea de escasa importancia<sup>90</sup>. Pero, en relación con el artículo 1124 CC, el juez ha de llevar a cabo la difícil operación de decidir si el incumplimiento reviste o no suficiente gravedad a los efectos del remedio de la resolución.

Aunque en algunas ocasiones el Tribunal Supremo se ha referido a incumplimiento «grave», en los últimos años ha optado por usar otros términos con una connotación más objetiva y no tan vinculados a una connotación subjetiva como la que apunta el concepto de «gravedad». Así, entre esas connotaciones más objetivas se alude al incumplimiento esencial para los casos de incumplimientos totales y definitivos, en los que el cumplimiento ya no es posible o ya no es útil para la satisfacción del interés del acreedor. Y para los otros supuestos de incumplimientos, entre los que se incluiría el cumplimiento defectuoso, el tribunal emplea, entre las distintas fórmulas para subrayar la importancia del incumplimiento, las siguientes: concurrencia de un incumplimiento «propio y verdadero», «esencial», «de importancia y trascendencia para la economía del contrato», o que este implique «falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes a través del contrato», «la frustración del fin práctico perseguido», «la frustración de un interés legítimamente atendible», etc<sup>91</sup>.

Aunque la esencialidad no viene exigida en el tenor literal del artículo 1124 CC, las razones por las que la jurisprudencia requiere

---

ejemplo, que es imposible o no razonable para él el uso del bien debido a dicha falta de conformidad. Bajo la Directiva el vendedor podría alegar que la falta de conformidad es menor como una defensa contra la reclamación de resolución por el comprador.

<sup>89</sup> FENOY PICÓN, 2009, p. 220. Llega a idéntica conclusión CASTILLA BAREA, 2021, *capítulo III. Epígrafe V.3.1.*, en relación con el artículo 13 (5) de la Directiva 2019/771.

<sup>90</sup> FENOY PICÓN, 2009, p. 324.

<sup>91</sup> En este sentido consúltese ampliamente SAN MIGUEL PRADERA, *ADC*, 2011, pp. 1697-1698; también al respecto CLEMENTE MEORO, «Comentario al art. 1124 CC», 2016, pp. 227-228. Explica Díez-Picazo, 2005, pp. 58-59, que es legítimo preguntarse si las expresiones «grave» y «esencial» están queriendo afirmar la misma o distinta idea. Aunque reconoce que esta cuestión no puede resolverse en base a ningún apriorismo, a su juicio, una vez construida la categoría de incumplimiento esencial y su régimen específico, la figura del incumplimiento grave solo reviste utilidad en sentido negativo, esto es, para excluir de la resolución lo que se denomina «infracciones mínimas».

dicho requisito son, entre otras, el *favor debitoris*, la protección de la conservación del contrato o la evitación de que el acreedor especule con la resolución ante la variación de los precios del mercado<sup>92</sup>. La esencialidad sí se recoge ya en el párrafo 1.º del artículo 1199 PMCC: «Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial»<sup>93</sup>. En la misma línea se hallan los textos internacionales del moderno Derecho de Contratos, que admiten el remedio de la resolución ante la concurrencia de un incumplimiento importante o esencial [arts. 49 (1) (a) y 64 (1) (a) CISG<sup>94</sup>, 7.3.1. (1) PICC<sup>95</sup>, 9:301 (1) PECL<sup>96</sup> y III.-3: 502 (1) DCFR<sup>97</sup>].

## 2.2 Análisis del éxito del remedio de la resolución *ex* artículo 1124 CC en los casos del Dieselgate ya resueltos

No hay la menor duda de que en los futuros casos que se resuelvan sobre el Dieselgate tras las tres sentencias del TJUE de 14 de julio de 2022, en los que el demandante ejercite la demanda de resolución contractual en virtud de la normativa de consumo (Directiva 1999/44), aquella deberá estimarse por parte de nuestros tribunales. Ello es así porque el TJUE ha calificado la falta de conformidad como de «no escasa importancia» y, además, en cuanto ya se ha producido una previa e infructuosa puesta en conformidad del bien que abre a dicho remedio resolutorio conforme al ya citado artículo 120 d) TRLGD-CU. Más dudas surgen con las futuras demandas de resolución en estos casos *ex* artículo 1124 CC, en la medida en que la falta de conformidad de «no escasa importancia» (concepto al que alude la STJUE, asunto C-145/20) no equivale en principio a incumplimiento esencial o grave, el cual sí es necesario para que entre en juego el artículo 1124 CC según doctrina jurisprudencial.

Pero antes de profundizar en el posible resultado de futuros litigios *ex* artículo 1124 CC, me detengo a examinar primero cuál ha sido, hasta el momento, el resultado de ejercitar la acción de resolución contractual ante los tribunales españoles por los compradores afectados por el fraude de Volkswagen. Hay que diferenciar entre las sentencias de las Audiencias Provinciales y las dos decisiones, hasta

<sup>92</sup> FENYO PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1575.

<sup>93</sup> COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *BMJ*, p. 34.

<sup>94</sup> [www.unilex.info/instrument/cisg](http://www.unilex.info/instrument/cisg).

<sup>95</sup> [www.unilex.info/principles/text](http://www.unilex.info/principles/text).

<sup>96</sup> LANDO/BEALE (ed), 2000, p. 409.

<sup>97</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 852.

ahora existentes, dictadas por el Tribunal Supremo en la materia. En relación con estas últimas, ninguna de las dos sentencias del Tribunal Supremo de Pleno, de 23 de julio de 2021<sup>98</sup> y de 11 de marzo de 2020<sup>99</sup>, entra en el tema de la resolución porque la constricción casacional marca los límites de respuesta del tribunal. Por ello ambos pronunciamientos solo condenan a indemnizar con 500 euros el daño moral por la zozobra sufrida por el comprador desde que se entera del fraude llevado a cabo por la fabricante<sup>100</sup>.

Son muy ilustrativas las consideraciones que hace la sentencia de primera instancia para desestimar la pretensión de resolución contractual *ex* artículo 1124 CC, en el caso que luego es resuelto en casación dando lugar a la sentencia del TS de 23 de julio de 2021: «(...) *su éxito requiere un incumplimiento contractual relevante, con trascendencia resolutoria. (...) En relación con el supuesto enjuiciado, no se ha acreditado, ex art. 217 L. E. C., que el funcionamiento anómalo del vehículo al ser sometido a pruebas de emisiones en laboratorio pueda ser calificado como factor frustrante de lo que se busca al comprar un automóvil, ni que el vehículo presente problemas graves que afecten a su conducción o a su seguridad, especialmente considerando que, adquirido en el año 2008, ha sido acreditado pericialmente un comportamiento normal desde aquel entonces en materia de emisiones. El vehículo es apto para la circulación. Ni las autoridades competentes españolas, ni las europeas, han acordado la retirada de circulación de esos vehículos, que no resultan más contaminantes en sus emisiones de óxido de nitrógeno que otros de la misma gama (...)*».

Parece, pues, que no logra acreditarse que el software fraudulento afecte a la conducción segura y a las prestaciones y potencia del vehículo, ni tampoco ha supuesto la revocación o la anulación de la homologación ni restricciones en su circulación. Este mismo planteamiento es compartido, con afirmaciones más o menos idénticas, por sentencias dictadas por Audiencias Provinciales que han resuelto

<sup>98</sup> RJ 2021/3583 (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena).

<sup>99</sup> RJ 2020/752 (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena).

<sup>100</sup> CORRAL GARCÍA, *Práctica de Derecho de Daños*, 2021, p. 2, llama la atención sobre la escasa indemnización concedida en sus dos decisiones por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a los dos consumidores individuales demandantes (500 euros por el daño moral), frente al primer pronunciamiento judicial que aplica la legislación mercantil, y a instancia de una asociación de consumidores. Así, la sentencia del Juzgado n. 1 de lo Mercantil de Madrid de 25 de enero de 2021 estima íntegramente la demanda planteada por la OCU contra Volkswagen España, condenando a ésta a indemnizar a cada consumidor asociado a la OCU (7.543 compradores) con la cantidad de 3.000 euros (1.500 en concepto de daños patrimoniales y 1.500 en concepto de daños morales), al entender que la manipulación del software de medición de gases contaminantes supone un acto de competencia desleal. Su ponente es el Ilmo. Sr. D. Carlos Nieto Delgado (JUR 2021/25275).

Véase un análisis muy detallado de la indemnización del daño moral en estos casos del Dieselgate en RODRÍGUEZ GUITIÁN, *ADC*, 2022, pp. 688 ss.



casos análogos del Dieselgate<sup>101</sup>. Tales sentencias utilizan distintas expresiones para sostener que no está justificada la resolución; así, sin afán exhaustivo, señalan que no se está ante un incumplimiento grave, que el incumplimiento no es esencial, que el vehículo resulta hábil para su fin, que no se han visto malogradas las legítimas expectativas y aspiraciones del demandante o que no hay frustración del fin del contrato o entrega de cosa distinta.

La variedad de expresiones utilizadas en las sentencias de instancia para justificar la no procedencia de la acción de resolución contractual no es sino un reflejo de las distintas fórmulas usadas por la jurisprudencia para expresar la idea de que la resolución solo cabe ante un incumplimiento importante o significativo. Una de las causas de la variedad terminológica y de las diversas interpretaciones sobre los requisitos que han de concurrir para que juegue la resolución parece radicar en que el propio artículo 1124 CC se limita a señalar, como presupuesto para el ejercicio de esta acción, que una de las partes contratantes no cumpliera la obligación que tiene a su cargo<sup>102</sup>.

La doctrina comparte la misma conclusión acerca de la desestimación de la resolución a la que han llegado las sentencias de instancia que resuelven los litigios del Dieselgate<sup>103</sup>. Hay que precisar, eso sí, que hasta ahora se trataba de casos en que, tras el reconocimiento público del fraude, Volkswagen había ofrecido la posibilidad de la puesta en conformidad del bien mediante la reparación consistente en la actualización gratuita del software y en un periodo de media hora, y aún no se había descubierto que tal reparación no iba ser exitosa a la luz del artículo 5 (2) del Reglamento [núm. 715/2007]<sup>104</sup>. Los tres pronunciamientos del TJUE de 14 de

<sup>101</sup> Entre otras, las SSAP de Barcelona (sección 1.ª) núm. 11/2019 de 21 de enero (AC 2019/51. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Isabel Adela García de la Torre Fernández); Madrid (sección 20.ª) núm. 301/2019 de 1 de julio (JUR 2019/249875. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson); Cantabria (sección 2.ª) núm. 31/2018 de 22 de enero (AC 2018/195. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera); Salamanca (sección 1.ª) núm. 38/2018 de 9 de febrero (AC 2018/427. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo); Burgos (sección 2.ª) núm. 304/2018 de 18 de septiembre (AC 2018/1571. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera); Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 107/2017 de 11 de abril (AC 2017/794. Ponente: Carlos Gómez Martínez); Islas Baleares (sección 5.ª) núm. 288/2017 de 17 de octubre (2017/290025. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Covadonga Sola Ruiz) y Valladolid (sección 3.ª) núm. 391/2017 de 21 de noviembre (JUR 2018/30442. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas).

<sup>102</sup> SAN MIGUEL PRADERA, *ADC*, 2011, p. 1697.

<sup>103</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, 2021, 23/93 y PLANA ARNALDOS, 2021, pp. 1182-1183. CARRASCO PERERA /GARCÍA MONTORO, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, p. 9, señalan que «Esta falta de conformidad sólo podría fundamentar la resolución del contrato en el hipotético y poco frecuente caso de que el comprador pudiera probar que el volumen de emisiones prometido fue la causa determinante por la que se adquirió el coche».

<sup>104</sup> El *Landgericht Bochum*, 2. *Zivilkammer*, I-2 O 425/15, dicta una sentencia de 16 de marzo de 2016, que en Alemania es pionera en un litigio del Dieselgate a la hora de

julio de 2022 parten ya de una situación bien diferente: ya hay una reparación previa infructuosa, que persiste en la vulneración de una norma comunitaria.

### 2.3 Análisis del éxito del remedio de la resolución *ex* artículo 1124 CC en los casos del Dieselgate a partir de las decisiones del TJUE

Como ya he apuntado, cabe preguntarse qué sucederá a futuro con las próximas sentencias que dicten los tribunales de instancia y el Tribunal Supremo español a partir de las tres sentencias del TJUE de 14 de julio de 2022 y si, por tanto, aquellos estimarán la resolución del contrato *ex* artículo 1124 CC después del descubrimiento de que, tras la infructuosa reparación previa del bien, los vehículos todavía siguen teniendo una falta de conformidad. La sentencia del TJUE (asunto C-145/20) ha afirmado que estamos ante una falta de conformidad «de no escasa importancia», y según la normativa de consumo se abre la posibilidad del remedio de la resolución en la medida en que, *a sensu contrario*, «la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia».

Como también he señalado ya, no es lo mismo afirmar que existe una falta de conformidad «de no escasa importancia», que afirmar que hay una falta de conformidad grave o esencial. El incumplimiento que requieren los tribunales españoles para que pueda calificarse el mismo como resolutorio *ex* artículo 1124 CC es que sea grave o esencial. En cambio, la antigua redacción del artículo 121 TRLGDCU (y la del vigente 119 ter apartado 2.º TRLGDCU) amplía el campo de la resolución, ya que solo se prohíbe la solicitud de tal remedio cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, pero procederá la misma en cualquier otro supuesto, aunque no pueda calificarse de grave<sup>105</sup>.

En ningún momento la sentencia del TJUE (asunto C-145/20) ha empleado la expresión de falta de conformidad «grave o de gravedad»; se ha limitado a hablar de falta de conformidad de «no

---

desestimar la pretensión de resolución del contrato de compraventa del vehículo (consultése en [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bochum/lg\\_bochum/j2016/I\\_2\\_O\\_425\\_15\\_Urteil\\_20160316.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bochum/lg_bochum/j2016/I_2_O_425_15_Urteil_20160316.html)) (fecha de consulta: 09/12/2022). Aunque el tribunal reconoce que el vehículo es defectuoso, concluye que el demandante no tiene derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es insignificante (§ 323 (5) BGB: «Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist»). Esta sentencia es comentada por GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, pp. 1 ss.

<sup>105</sup> MARÍN LÓPEZ, «Comentario al art. 121», 2015, p.1768.

escasa importancia», concepto este último que no conduce automáticamente a sostener, por tanto, que en los litigios del Dieselgate haya un incumplimiento esencial que permita afirmar la viabilidad de la resolución *ex* artículo 1124 CC. Probablemente el TJUE estaba sujeto, tanto por los términos en que estaba planteada la cuestión prejudicial por los tribunales austriacos, como por los términos usados por la propia Directiva [1999/44]. Por el contrario, el adjetivo de «gravedad» en relación a la falta de conformidad sí aparece ya en los artículos 13 (4) (c) de la Directiva [2019/771] y 14 (4) (d) de la Directiva [2019/770], los cuales se corresponden con el vigente artículo 119 e) TRLGDCU<sup>106</sup>. Ello parece una muestra clara de que para el legislador comunitario la falta de conformidad «grave» es un concepto distinto a la falta de conformidad de «no escasa importancia», en cuanto, además, ambos términos se recogen como diferentes en las Directivas de 2019.

El artículo 119 e) TRLGDCU permite prescindir del remedio primario de la puesta en conformidad y que el consumidor acuda directamente a exigir una reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato cuando «*La falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato*»<sup>107</sup>. Esto es, tanto los anteriores preceptos de las Directivas 2019/770 y 2019/771 como el artículo 119 e) TRLGDCU cubren los casos en los que el legítimo interés a la inmediata terminación del contrato o a la reducción del precio deri-

<sup>106</sup> Artículo 14 (4) (d) Directiva [2019/770]: «El consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo al apartado 5, si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio, o bien la resolución del contrato con arreglo al apartado 6, en cualquiera de los casos siguientes: d) la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato».

Artículo 13 (4) (c) Directiva [2019/771]: «4. El consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 o bien la resolución del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16, en cualquiera de los supuestos siguientes: c) la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa».

<sup>107</sup> Ya MARÍN LÓPEZ, «Comentario al art. 121», 2015, p. 1763, señalaba, en relación con la antigua redacción del artículo 121 TRLGDCU, que había una hipótesis en la que, a su juicio, el legislador debía haber admitido la resolución del contrato como primera opción del consumidor; así, cuando la falta de conformidad fuera de tal importancia que los intereses del comprador hayan quedado totalmente insatisfechos y de manera definitiva, de modo que para él ya no tuviera sentido la reparación o la sustitución. No obstante, CARRASCO PERERA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2023, p. 14 nota 65, señala que es dudoso si el nuevo artículo 119 e) TRLGDCU significa que los dos remedios primarios de conformidad deberían ejercitarse con anterioridad cuando el defecto ya es desde el principio grave, aunque le parece claro que para el artículo 13 apartado 4 letra c) de la Directiva [2019/771] el recurso directo a la resolución únicamente se permite en casos de especial gravedad. Por su parte, ARROYO AMAYUELAS, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2022, p. 36, considera que el artículo 119 e) TRLGDCU es claro al admitir que el consumidor pueda directamente terminar el contrato.

va de la grave naturaleza de la falta de conformidad<sup>108</sup>. Se ha afirmado que el artículo 119 e) TRLGDCU se aproxima al concepto de «incumplimiento esencial del contrato» del artículo 25 de la CISG, el cual establece que «*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato*»<sup>109</sup>.

Se citan algunos ejemplos sobre el significado de la falta de conformidad grave, que pueden reconducirse a la pérdida de confianza del consumidor en la capacidad del empresario para resolver la falta de conformidad del bien<sup>110</sup>. Así, una razón para tal pérdida de confianza puede ser la conducta particularmente reprochable del empresario, como cuando hubiera ocultado de forma deliberada el defecto concreto al consumidor, aun consciente del riesgo de que éste podría sufrir un perjuicio. Además, conforme a las circunstancias del contrato particular, la gravedad del incumplimiento de este y la correspondiente pérdida de confianza podrían deberse también al hecho de que el consumidor hubiera dejado claro al tiempo de la celebración del contrato que la conformidad del bien con este en un cierto aspecto es de particular importancia para él, y el empresario falla al proveerle de ese aspecto<sup>111</sup>.

En las hipótesis del Dieselgate no cabe afirmar que estamos ante un caso de falta de conformidad grave o esencial si se toma como apoyo el argumento de que el vehículo no resulta hábil para su fin, en la medida en que estos coches no han perdido la potencia del motor ni la seguridad (las mismas nunca han quedado afectadas por el software ilegal)<sup>112</sup>. Pero es indudable que sí estaremos ante un incumplimiento grave, si a partir de ahora y según ha indicado expresamente el TJUE en su pronunciamiento de 14 de julio de 2022 (asunto C-145/20), estos vehículos no van a poder ser homologados (y puede retirarse la homologación concedida) porque no presentan la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumi-

<sup>108</sup> GSELL, 2020, p. 260, refiriéndose a la Directiva 2109/770. MARÍN LÓPEZ, LL, 2019, p. 10, alaba la incorporación de dicha novedad de forma expresa en las nuevas Directivas. La resolución se justifica, a su juicio, cuando el incumplimiento del vendedor genera una frustración definitiva de las expectativas del consumidor, de modo que este ya no tiene interés en mantener el contrato. Por ello este autor no acaba de entender cómo se compatibiliza en este supuesto la resolución con la posibilidad, también incluida, de solicitar la reducción del precio.

<sup>109</sup> LETE ACHIRICA, «Comentario al art. 119 TRLGDCU», 2022, pp. 1740-1741. Un comentario al artículo 25 CISG véase en CABANILLAS SÁNCHEZ, 2006, pp. 211-222.

<sup>110</sup> CASTILLA BAREA, 2021, consúltese *capítulo III. Epígrafe V.3.2. C.*

<sup>111</sup> GSELL, 2020, p. 261, refiriéndose a la Directiva 2019/770.

<sup>112</sup> Se ha apuntado que hasta la actualidad no se ha acreditado que el software fraudulento afecte al interés de cumplimiento del comprador concretado en mayores costes, inesperados riesgos o menores prestaciones. Véase CARRASCO PERERA, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, p. 7.

dor puede fundadamente esperar, al incluir un dispositivo electrónico que infringe el límite de emisiones permitido por una normativa europea (anexo I del Reglamento [núm. 715/2007]), yendo directamente contra uno de los objetivos prioritarios perseguidos por la Unión Europea y plasmados en dicho Reglamento, que es la protección del medio ambiente y la calidad del aire<sup>113</sup>.

Tal y como se ha apuntado con anterioridad en el presente trabajo, el contrato de compraventa del vehículo quedaría integrado con los contenidos de la publicidad, de acuerdo con la normativa de consumo (art. 61 TRLGDCU) y con el Código Civil (art. 1258 CC). Cuando se anuncia por Volkswagen mediante su publicidad que los vehículos tienen determinada característica (carácter ecológico al estar provistos de un software que reduce las emisiones de NOx), el comprador de dicho vehículo puede creer de forma justificada que el vendedor le entregará un bien conforme a las cualidades detalladas en la publicidad y que, de no hacerlo, incumplirá el contrato.

Los contenidos de la información publicitaria se pueden incorporar al contrato, pues, como obligaciones (deberes de prestación) de un contratante respecto al otro. De lo anterior se deriva, como consecuencia, que el comprador que ha confiado en las declaraciones recogidas en la publicidad podrá utilizar los remedios propios del incumplimiento contractual: la pretensión de cumplimiento (que incluye la subsanación del cumplimiento defectuoso), si este cumplimiento es posible todavía, la indemnización del daño causado por el incumplimiento anunciado, la reducción del precio (por falta de conformidad del bien con lo anunciado) y la resolución del contrato<sup>114</sup>. Por consiguiente, los compradores en los supuestos del Dieseltgate tendrían a su disposición la acción de resolución contractual<sup>115</sup>.

Ahora bien, lo anteriormente dicho no implica que en todo caso en que se ejercite la resolución por incumplimiento de un deber en

<sup>113</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2023, p. 15 nota 68, subraya que para el TJUE la existencia de la falta de conformidad no radica en que el comprador tenga una expectativa protegida de que el fabricante debe respetar los requisitos previstos en los reglamentos comunitarios, sino en que la homologación otorgada en virtud de una información falsa todavía puede retirarse. Y tal autor añade que la exactitud de tal afirmación es cuestionable.

<sup>114</sup> En este sentido MORALES MORENO/GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, pp. 781-782.

<sup>115</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2023, p. 14, explica que la resolución contractual, reconociendo que puede ser un remedio justo y eficaz entre las dos partes contratantes, es insostenible desde el punto de vista medioambiental, en cuanto, en las hipótesis de bienes tangibles, se genera «chatarra que se habrá tirado del mercado con un despilfarro de recursos económicos con nula o casi nula rentabilidad individual o social». Si tal afirmación es correcta, desde luego no puede dejar de subrayarse la paradoja que supondría ejercitar la resolución del contrato de compraventa del vehículo por no poseer este último la cualidad de bien ecológico de acuerdo con la publicidad y, a la vez, constituir la resolución un remedio insostenible desde el punto de vista medioambiental.

virtud de los contenidos de la publicidad incorporados al contrato, los tribunales vayan a entender que estamos ante un incumplimiento esencial. Los fallos del Tribunal Supremo en estos casos no han sido uniformes<sup>116</sup>. Sí es interesante en este sentido la STS de 12 de julio de 2011<sup>117</sup>, en cuanto presenta alguna similitud con los casos del Dieselgate. El tribunal considera que hay incumplimiento resolutorio y, por tanto, esencial, porque las viviendas vendidas no tienen las vistas anunciadas en la publicidad e influyeron decisivamente en la adquisición del comprador. Afirma la existencia de «insatisfacción total del comprador», aunque la ausencia de vistas no reduce en este caso concreto el uso de la vivienda. Tampoco la inclusión del software ilegal en los vehículos, como ya he sostenido, impide la conducción segura del vehículo o su potencia usual.

Queda como interrogante si los tribunales entrarán a discernir en cada caso si el carácter ecológico del coche publicitado influyó de modo decisivo en la compra del mismo. En este sentido la STJUE, asunto C-145/20, ha mantenido la existencia de falta de conformidad de «no escasa importancia», con independencia de si el comprador hubiera adquirido el coche de todas formas de haber conocido el fraude en el momento de la compraventa. Pero, claro, el TJUE se limita a hablar de falta de conformidad de «no escasa importancia», no de falta de conformidad esencial o grave.

Por otra parte, es preciso llamar la atención sobre un criterio recogido en los PECL (art. 8:103), que permite determinar cuándo estamos ante un incumplimiento esencial que habilita para resolver el contrato. Es interesante aludir a tal texto en la medida en que en los últimos años los PECL son tenidos en cuenta en la construcción jurisprudencial del artículo 1124 CC respecto a la noción de incumplimiento resolutorio, llegándose incluso a apuntar que los PECL sirven para integrar el citado precepto siguiendo el artículo 3.1 CC, que señala como uno de los criterios de interpretación de las normas la realidad social del tiempo en que han de aplicarse<sup>118</sup>.

En la letra c del artículo 8:103 PECL el incumplimiento es esencial si el mismo es «*intencional y da a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte*»<sup>119</sup>. En el Comentario D del artículo citado se afirma que,

<sup>116</sup> Véase este tratamiento jurisprudencial no uniforme en MORALES MORENO/GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, pp. 784-785.

<sup>117</sup> RJ 2011/ 7372. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

<sup>118</sup> Véase información al respecto en FENOY PICÓN, 2009, p. 222 nota 17.

<sup>119</sup> Esta letra c se recoge también en las letras c y d del artículo 7.3.1 PICC. El tenor literal de este precepto es el siguiente: Art. 7.3.1 PICC: (2) «Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumpli-

incluso si hay incumplimiento de una cláusula contractual de menor relevancia y las consecuencias del incumplimiento no suponen una privación sustancial del beneficio del negocio a la parte afectada, tal incumplimiento puede calificarse como esencial si fue intencional y da razones para creer que no puede confiarse en el futuro cumplimiento por parte del incumplidor<sup>120</sup>.

En los casos del Dieseltgate es particularmente relevante la existencia de un engaño, de un incumplimiento intencional por parte de la fabricante alemana. Cuando Díez-Picazo se refiere explícitamente a este tipo de incumplimientos intencionales y a la posibilidad de que sean calificados como esenciales, señala que se trata de discernir en qué momento no se le puede exigir al acreedor lesionado por dicho incumplimiento más paciencia y en qué momento posee derecho a desvincularse del contrato<sup>121</sup>.

Tratándose de defectos en objetos de producción en masa, como es el presente caso, se ha apuntado que la acción resolutoria ha de permanecer inicialmente en un segundo plano, supeditada a que el deudor rectifique los defectos o sustituya el bien por otro sin defecto. Pero si no resulta efectiva la puesta en conformidad, la acción resolutoria queda en manos del contratante lesionado, sobre todo si los defectos son graves e impiden la obtención de los objetivos perseguidos al contratar<sup>122</sup>. En este caso concreto planteado ante el TJUE por los tribunales austriacos ya ha existido, no solo un engaño inicial, sino también una reparación infructuosa –que, además, sigue siendo fraudulenta al continuar incorporando un software contrario a la normativa comunitaria–. Estos hechos constituyen, sin duda, argumentos que llevan a sostener que el comprador no pueda confiar ya en que una nueva reparación del vehículo va a poner el bien en conformidad<sup>123</sup>.

rá en el futuro» (<https://www.unidroit.org/principios-unidroit-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales/>).

<sup>120</sup> Véase comentario D (*Intentional non-performance*) al artículo 8:103 PECL, en LANDO/BEALE (eds), 2000, pp. 365-366.

<sup>121</sup> Díez-PICAZO, 2005, pp. 91-92.

<sup>122</sup> Díez-PICAZO, 2005, p. 69. DEL OLMO, 2022, p. 870, señala, en línea similar, que, en los casos de cumplimientos objetivamente defectuosos, los más frecuentes, a veces es difícil conocer si son supuestos de incumplimientos esenciales, en cuanto ello depende mucho de las circunstancias del supuesto. Pero afirma que es evidente que, según el principio de la buena fe, no se le puede exigir al acreedor que «se resigne a esperar sine die a que el deudor cumpla cuando buenamente pueda».

<sup>123</sup> La gravedad de la conducta de VW queda muy bien reflejada en las afirmaciones recogidas en la ya citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 25 de enero de 2021. En el fundamento de derecho 2.º se describe de forma pormenorizada la reacción del Parlamento y de la Comisión Europea a raíz del escándalo del Dieseltgate, dando lugar a una comisión de investigación y a nuevas normativas y revisiones de normativas (núms. 20 y 22). En concreto, el fraude de VW ha determinado la revisión de los procedimientos de prueba de homologación de las emisiones a nivel europeo. Considera el tribunal que existe una conducta desleal novedosa e inespecífica, claramente contraria a las reglas de la buena fe

## 2.4 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ibi (Alicante) de 23 de septiembre de 2022

La primera sentencia que se ha dictado por un tribunal español tras los pronunciamientos del TJUE ha sido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (sección 1.<sup>a</sup>) de Ibi (Alicante) núm. 116/2022 de 23 de septiembre de 2022, cuyo ponente es el Ilmo. Sr. D. Diego Gil Luis Navarro<sup>124</sup>. La parte actora interpone acción solicitando la nulidad radical del contrato de compraventa por incumplimiento de normas imperativas y prohibitivas, pidiendo la restitución a las partes de la situación anterior a los efectos del contrato, con devolución de la cosa y el precio.

Alternativamente, solicita se declare la nulidad del contrato de compraventa por vicio de consentimiento del comprador y/o dolo del vendedor, con idénticas consecuencias restitutorias a las mencionadas inmediatamente antes. Como petición subsidiaria pide que se declare la responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la demandada al entregar al actor el vehículo con un software que utiliza un Modo 1 para las pruebas de homologación y un Modo 2 para la circulación real, sin condena ni cuantificación líquida de la misma por ser en algunos aspectos de carácter futuro y/o hipotético, determinación que se realizará en un procedimiento posterior.

Examina el tribunal, en primer lugar, si existe error en el consentimiento del comprador. Para que prospere la pretensión del demandante entiende el tribunal que ha de acreditarse que el error reúne los caracteres que permiten invalidar el contrato (carácter esencial, nexo causal y excusabilidad), debiendo analizar, igualmente, la conducta de la entidad demandada, la vendedora Sala Hermanos Import S. L., a efectos de determinar si generó en la otra parte contratante una confianza en su profesionalidad y si cumplió sus deberes informativos frente al comprador del coche.

Considera probado que la entidad vendedora incumplió sus obligaciones de información precontractual, contractual y pos contractual. Sostiene también que ello pudo incidir en la formación del consentimiento del comprador e inducirlo a un error sobre la natu-

---

del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD) y concurrencia de conducta desleal del artículo 5 LCD, condenando a la parte demandada (Volkswagen Group España Distribución SA) a indemnizar los daños y perjuicios causados a los usuarios afectados asociados a la OCU e identificados, en la cuantía de 3000 euros por afectado. Realmente la conducta es grave: el fabricante alemán se habría beneficiado de modo planificado, sistemático y durante varios años, por puro ánimo de lucro, del desconocimiento de los clientes y para ello habría aprovechado la confianza de los consumidores en su marca y en el contenido de la publicidad. El número de vehículos afectados es elevado, afectando a varios países. A ello ha de añadirse que la conducta habría determinado la elección de los consumidores y produce efectos perjudiciales sobre el medio ambiente.

<sup>124</sup> JUR 2022/339431.



raleza del producto que contrataba. Entiende acreditado, pues, que existe un vicio del consentimiento por parte del actor, toda vez que, de haber sido informado de las deficiencias del software respecto a la emisión engañosa de los gases, no hubiera llevado a cabo la compra del vehículo.

A juicio del tribunal, no concurren todos los requisitos para determinar la existencia de dolo en la compraventa, pero sí estima que hay responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la demandada, al entregar un vehículo al actor con software que utiliza el Modo 1 para la homologación y un Modo 2 para la circulación. El tribunal estima la demanda interpuesta por el comprador frente a la Mercantil Sala Hermanos Import, S. L., declarando nulo de pleno derecho por vicio en el consentimiento el contrato de compraventa de fecha 28 de febrero de 2010, restituyendo a las partes a la situación anterior a los efectos del contrato, con devolución de la cosa y precio, todo ello con imposición al demandado de las costas causadas.

Al margen de que sorprende la calificación que hace el tribunal del contrato como nulo de pleno derecho ante la existencia de un vicio del consentimiento, hay que subrayar que esta sentencia difiere de los pronunciamientos dictados con anterioridad sobre el Dieselgate, en los que nunca se ha estimado la existencia del error como vicio del consentimiento. Las decisiones judiciales españolas que han resuelto estos litigios han considerado, de forma prácticamente unánime, que no se cumple el requisito de que el error sea jurídicamente relevante, en la medida en que no suele acreditarse que el demandante tenga especial preocupación por el medio ambiente o que sea un ecologista activo y que, por tanto, este haya sido el motivo determinante en su adquisición. A ello añaden la argumentación de que no hay gran diferencia en el volumen de emisiones contaminantes de los vehículos afectados respecto a otros de su misma gama y que, además, el vehículo es apto para el fin principal perseguido al contratar (la circulación)<sup>125</sup>.

Por otra parte, y tras las tres sentencias del TJUE, hubiera sido interesante que esta primera decisión dictada tras ellas se hubiera pronunciado sobre la primera de las pretensiones del actor en su demanda, esto es, la nulidad radical del contrato de compraventa por incumplimiento de normas imperativas y prohibitivas (arts. 6.3 y 1255 CC). Como ha mantenido el TJUE, el software que utiliza el

---

<sup>125</sup> Véase las SSAP de Madrid (sección 20.ª) núm. 301/2019 de 1 de julio (JUR 2019\249875, Ponente: Ilmo. Sr. D Ramón Fernando Rodríguez Jackson), Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 107/2017 de 11 de abril (AC 2017/794, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez) e Islas Baleares (sección 5.ª) núm. 288/2017 de 17 de octubre (JUR 2017\290025, Ponente: Ilma. Sra. Covadonga Sola Ruiz). Comparten tal argumentación también CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, p. 8.

modo 1 para la homologación y el modo 2 para la circulación constituye un dispositivo de desactivación prohibido por una norma comunitaria, el Reglamento [núm. 715/2007]. Pero en ningún momento entra el tribunal en esta cuestión. Y, desde luego, no deja de sorprender tampoco que en la sentencia no se haga ninguna mención a las dictadas por el TJUE el 14 de julio de 2022.

### 3. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

¿Qué es lo que mueve a los adquirentes de los vehículos con el software ilegal instalado a ejercitar la acción resolutoria? Se ha señalado que probablemente muchos conductores ven en el escándalo descubierto una buena oportunidad para renovar su vehículo, solicitando, con el ejercicio de esta acción, la restitución recíproca de las prestaciones. Esto es, los compradores devolverían el coche a la parte vendedora y a ellos se les reembolsaría el precio pagado junto, en su caso, a la indemnización de daños y perjuicios, pudiendo así de esta manera comprar un nuevo vehículo<sup>126</sup>.

#### 3.1 Normativa de consumo

Podría constituir una cuestión problemática la decisión acerca de si el vendedor, que ha de proceder a la devolución del precio tras el ejercicio de la resolución del contrato por el comprador, puede retener determinadas cantidades por el uso que el consumidor ha hecho del bien. La Directiva [1999/44] no señala norma alguna al respecto, pero su Considerado 15 deja a los Estados miembros libertad de decidir este extremo: «*Considerando que los Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado; que la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución de los contratos*»<sup>127</sup>.

La Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, en virtud de la que se transpuso la Directiva [1999/44], no adopta esta posibilidad ofrecida por la Directiva. Pero sí hay algunos pronunciamientos judiciales para los que procede reducir el importe del precio de acuerdo al uso que el consumidor ha hecho del bien, y ello para evitar enriquecimiento injusto

<sup>126</sup> En este sentido GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, p.1.

<sup>127</sup> Señala FENOY PICÓN, *CCJC*, 2008, p. 1323, que la Directiva es «contundente» en este extremo.

de este último<sup>128</sup>. Por el contrario, otras decisiones judiciales consideran que no hay tal enriquecimiento sin causa en la medida en que el beneficio que el uso ha reportado al consumidor se compensa con los inconvenientes que la falta de conformidad le ha traído consigo<sup>129</sup>.

Por su parte, el posterior artículo 121 TRLGDCU guarda silencio al respecto, pero el artículo 21.1. II TRLGDCU, en su redacción acorde con la Directiva [1999/44], establece que «*La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el Título V del Libro II*». Por tanto, se establece que el vendedor debe restituir íntegramente el precio al consumidor, de modo que aquel no puede retener parte del precio pagado en concepto de remuneración por el uso del bien o del producto<sup>130</sup>. La restitución del precio pagado no es incompatible con la adopción de criterios que posibiliten mantener el valor de la suma entregada en concepto de pago del precio, a través de su actualización a cargo del empresario o del profesional, mediante criterios como el del interés legal del dinero o la actualización a través de índices objetivos que midan la pérdida del valor del dinero (como el IPC), al encontrarnos en este supuesto ante una deuda de valor<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> SSAP de Castellón (Sección 3.ª) Sentencia núm. 588/2005 de 28 de noviembre de 2005, Fdo. 3.º (AC 2006/219). Ponente: Ilma. Sra. D.ª Adela Bardón Martínez (se reduce del importe del precio a entregar un 20% por los dos años que se ha usado el coche, teniendo en cuenta también las múltiples molestias e incomodidades que ha sufrido el comprador) y de A Coruña (Sección 5.ª) Sentencia núm. 404/2007 de 24 de septiembre de 2007, Fdo. 2.º (AC 2008/435). Ponente: Ilma. Sra. D.ª Carmen Martelo Pérez (se estima que no puede reintegrarse el precio total de compra del vehículo en la medida en que el adquirente lo utilizó durante 18.000 kilómetros por 6 meses).

<sup>129</sup> SSAP de León (Sección 1.ª) Sentencia núm. 202/2007 de 27 de junio de 2007, Fdo. 4.º (JUR 2007/357713). Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Prieto Morera (uso del coche durante 60.000 km, aunque con problemas de vibraciones del motor e irregularidad de giro desde el principio); Castellón (Sección 3.ª) Sentencia núm. 95/2008 de 26 de febrero de 2008, Fdo. 4.º (AC 2008/891). Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Angeles Gil Marqués (circulación del coche en una cantidad de kilómetros no elevada, además de que el beneficio que el uso ha reportado a la compradora no es superior a las molestias y coste de las averías) y de Murcia (Sección 5.ª) Sentencia núm. 159/2008 de 3 de julio, Fdo. 2.º (JUR 2008/362915). Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz (no hay enriquecimiento del actor por recibir el precio íntegro por el uso del coche durante un año, no solo por las molestias por las continuas averías sino porque durante, al menos cuatro meses dentro de dicho año, el coche ha estado en poder de la vendedora).

<sup>130</sup> MARÍN LÓPEZ, «Comentario al art. 121», 2015, p. 1769. De la misma opinión FENOY PICÓN, *CCJC*, 2008, p. 1325, con la excepción de si el consumidor retrasa el momento de la resolución por causa a él solo imputable (retraso en la denuncia por la falta de conformidad), en cuyo caso puede reducirse, como daño del vendedor, el menor valor del bien debido a su utilización o por el mero lapso del tiempo. PARRA LUCÁN, «Comentario al art. 21 TRLGDCU», 2011, p. 290, puntualiza que la devolución del precio en su totalidad solo procede en caso de resolución del contrato, porque en el caso del remedio de la reducción del precio el vendedor solo devuelve parte del precio pagado por el consumidor.

<sup>131</sup> En este sentido BUSTO LAGO, «Comentario al art. 21 TRLGDCU», 2015, p. 282. Sostiene TORRELLES TORREA, E.: «Comentario al art. 121 TRLGDCU», 2011, p. 1108, que

La misma solución de devolución íntegra del precio por el vendedor está presente en la vigente redacción del TRLGDCU. Así, por una parte, se mantiene inalterable el artículo 21.1 II TRLGDCU<sup>132</sup>. Por otra parte, el artículo 119 ter apartado 4 señala expresamente ya tal solución: «Las obligaciones de las partes en caso de resolución del contrato de compraventa de bienes serán las siguientes: a) El empresario reembolsará al consumidor o usuario el precio pagado por los bienes tras la recepción de estos o, en su caso, de una prueba aportada por el consumidor o usuario de que los ha devuelto b) El consumidor o usuario restituirá al empresario, a expensas de este último, los bienes». Se ha afirmado que quizás este precepto se explique a partir de la idea de que el «enriquecimiento de uso» experimentado por el consumidor al recibir el precio íntegro que pagó, se compensa con el uso deficiente del bien como resultado de la falta de conformidad respecto al que esperaba disfrutar<sup>133</sup>. El artículo 16 (3) de la Directiva [2019/771] se limita a establecer el efecto restitutorio de las prestaciones, propio de la resolución contractual, pero no detalla el régimen jurídico correspondiente a tal restitución en cuanto se encomienda este extremo a los Estados miembros<sup>134</sup>.

el obligado a devolver el precio ha de abonar los intereses desde la fecha en que efectivamente se hizo el pago (y no desde el contrato), en la medida en que la obligación consiste en la restitución del precio con sus intereses, teniendo en este supuesto un mero carácter restitutorio y no indemnizatorio.

<sup>132</sup> Sostienen CADENAS OSUNA, «Comentario al art. 21 TRLGDCU», 2022, p. 382 y VECINA AZNAR, 2022, p. 48 nota 53, que únicamente la referencia al Título V es un error y en realidad ha de referirse al Título IV.

<sup>133</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2023, p. 16, matiza que tal explicación puede ser adecuada cuando la falta de conformidad incide en el nivel que se esperaba tuviera el producto desde el punto de vista funcional, pero que desde luego no sirve cuando el contrato implica un daño a «los atributos de sostenibilidad declarados por el vendedor», que además pueden ser extraños al interés real del comprador.

<sup>134</sup> El tenor literal del precepto señala: «Cuando el consumidor resuelva un contrato de compraventa en su conjunto o, de conformidad con el apartado 2, respecto de algunos de los bienes entregados en virtud del contrato de compraventa:

- el consumidor restituirá al vendedor, a expensas de este último, los bienes y
- el vendedor reembolsará al consumidor el precio pagado por los bienes tras la recepción de éstos o de una prueba, aportada por el consumidor, de que los ha devuelto. Para los fines del presente apartado, los Estados miembros podrán determinar las modalidades de devolución y reembolso».

Después de señalar en el Considerando (59) que, en caso de resolución del contrato por falta de conformidad, la Directiva debe fijar únicamente los principales efectos y modalidades del derecho de resolución, en particular, la obligación para las partes de restituir lo que hayan recibido, el Considerando (60) señala: «La presente Directiva no debe afectar a la facultad de los Estados miembros de regular las consecuencias de la terminación del contrato que no sean las establecidas en la presente Directiva, como por ejemplo las consecuencias de la disminución del valor de los bienes o de su destrucción o pérdida. Asimismo, los Estados miembros deben poder regular las modalidades del reembolso del precio al consumidor, por ejemplo, las modalidades relativas a los medios utilizados para dicho reembolso o los posibles costes y tasas que se hayan pagado como consecuencia del reembolso. Los Estados

Se han alegado una serie de razones que justifican que la devolución íntegra del precio por el vendedor al comprador en los casos del Dieselgate no supone un enriquecimiento injustificado para este último<sup>135</sup>. En primer lugar, tal devolución íntegra del precio es un efecto jurídico de la resolución contractual que posee un claro fundamento legal (los ya apuntados hoy vigentes artículos 119 ter 4 a) y 21.1. II del TRLGDCU). Y en este sentido es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que no existe enriquecimiento injusto cuando haya una causa, convencional o legal, que justifique el desplazamiento patrimonial, en nuestro supuesto del vendedor al comprador.

En segundo lugar, porque también el vendedor ha dispuesto, en su propio provecho y durante idéntico periodo temporal, de un bien equivalente, como es la cantidad de dinero que le fue entregada en el momento de la compraventa como precio del vehículo y que, por motivo de la inflación, también ha sufrido una depreciación. Y en tercer y último lugar, porque quien ha provocado con su comportamiento que haya de acudir finalmente a la resolución del contrato no ha sido el comprador, sino el fabricante Volkswagen, al causar con su comportamiento fraudulento una falta de conformidad. Además, es el fabricante quien ha sostenido en el tiempo la falta de conformidad al no subsanar la inicial falta de conformidad, llevando a cabo una reparación de esta de carácter infructuoso.

### 3.2 Código Civil

Si los tribunales finalmente consideraran admisible la resolución del contrato por concurrencia de un incumplimiento esencial *ex* artículo 1124 CC, junto a la eficacia liberatoria de las respectivas prestaciones aún no realizadas, existe una eficacia restitutoria de las prestaciones ya intercambiadas. Así, las partes están obligadas a restituirse lo que ya hubiesen percibido en base al contrato, en la medida en que se persigue el retorno al estatus quo antes de contratar. Pero la restitución abarca, no solo las obligaciones primarias o principales (el coche y el precio en los casos del Dieselgate), sino también las denominadas obligaciones secundarias. En los supuestos del Dieselgate interesa apuntar alguna idea respecto a las obligaciones secundarias, esto es, las referidas a las utilidades o rendimientos que, por la mera disponibilidad o uso del bien o del dinero, hubiesen obtenido las partes contratantes durante el tiempo

---

membros deben también, por ejemplo, tener la facultad de establecer determinados plazos para el reembolso del precio o la devolución de los bienes».

<sup>135</sup> Todas las razones explicadas con detenimiento en VECINA AZNAR, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, p. 48.

de vigencia del contrato (el interés del precio y la utilidad o beneficio de uso del coche).

Que las citadas partidas secundarias han de ser objeto de restitución y que, además, poseen un valor es un hecho ya indiscutible<sup>136</sup>. Como se ha apuntado, la condición para dicha restitución es la entrega efectiva del bien y del dinero y, además, en el caso del bien, que este fuera susceptible de aprovechamiento durante la vida del contrato<sup>137</sup>. Su función es restituir todo lo recibido en virtud de un título, el contrato; el cual, una vez resuelto, ya no justifica el desplazamiento patrimonial. El objeto de la restitución es el bien recibido y su disponibilidad desde aquel momento hasta la restitución<sup>138</sup>.

Mayoritariamente se estima que ha de realizarse una valoración objetiva o abstracta de la utilidad de los bienes y del dinero, con independencia, por tanto, del provecho concreto y singular que cada parte contratante haya obtenido. El punto objeto de discusión es el procedimiento que ha de seguirse para el cálculo de dicho valor, y no tanto en relación con el interés del dinero (que se defiende que sea el real, es decir, el legal menos el IPC<sup>139</sup>), sino sobre todo respecto al valor de la utilidad del bien.

El parámetro objetivo que suele utilizarse para valorar la utilidad del objeto es el coste o renta de alquiler de un bien de semejantes características en el mercado (y ello, aunque el contrato no sea de alquiler). La consecuencia de aplicar tal criterio es la obligación para el comprador de devolver el pago íntegro del coste de alquiler del mercado, olvidando que el contrato de compraventa es un contrato de intercambio, cuya finalidad no es pagar por la cesión de un uso. En el caso concreto del Dieselgate desde luego no parece la mejor solución, en la medida en que, además, el consumidor ha cumplido con su obligación y ejercita la resolución ante el incum-

---

<sup>136</sup> Entre otras razones, tanto el artículo 1303 como el artículo 1295 CC extienden la obligación restitutoria al fruto de la cosa y al interés del dinero, pero desde luego no proporcionan información sobre cómo han de medirse estos.

<sup>137</sup> Así, SOLER PRESAS, *Almacén de Derecho*, 2019 (consultese epígrafe *El valor de la disponibilidad de los bienes y del dinero*). La jurisprudencia en el momento actual se inclina también por sostener que el interés o el fruto se deben desde el momento de la entrega y no desde el momento de la celebración del contrato (salvo que coincidan). Entre otras, la STS de 4 de mayo de 2017 (MP: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucán) (RJ 2017/3273). También mantiene la jurisprudencia que han de restituirse solo si se ha podido disponer del interés o del fruto. Así, la STS de 26 de julio de 2000 (MP: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández) (RJ 2000/9177).

<sup>138</sup> BASOZÁBAL ARRÚE, 2022, pp. 77-78, explica que es adecuado afirmar que la pretensión de restitución de la utilidad forma parte de la familia de las pretensiones de enriquecimiento sin causa y que, por tanto, su contenido no depende de quién sea el incumplidor y quién sea el cumplidor que resuelve.

<sup>139</sup> Si se mide la disponibilidad del dinero con el exclusivo interés legal estaríamos utilizando un parámetro que sirve para medir las expectativas frustradas a raíz del incumplimiento y, por tanto, la medida del interés de demora. Véase en este sentido SOLER PRESAS ADC, 2018, pp. 1260 y 1261 y BASOZÁBAL ARRÚE, 2022, p. 79.

plimiento de la fabricante alemana. Si tuviera que restituir el pago íntegro del coste de alquiler del mercado del vehículo estaría obligado a abonar idéntico importe y concepto que si fuese él el incumplidor y tuviera que dar una indemnización. Y no puede olvidarse que la restitución contractual de frutos (y de los intereses) no cumple una función compensatoria o resarcitoria<sup>140</sup>.

Por ello, como alternativas, se han propuesto otros métodos de cálculo de la utilidad de uso de los bienes. Así, desde una primera perspectiva, se atiende a los costes fijos del mantenimiento del bien (impuestos y seguros incluidos) durante el tiempo de privación de este. Se obtiene restando al coste de alquiler del mercado del bien el beneficio medio que obtiene el que lo alquila. Para este último criterio se han tomado como referencia los tribunales alemanes, que niegan de forma expresa la aplicación del coste íntegro del alquiler<sup>141</sup>. Aunque es cierto que tal criterio incluye el coste medio de amortización del bien, que puede variar según su destino o uso, a la vez es objetivo y facilita una liquidación que ya de por sí es una operación compleja<sup>142</sup>.

Bajo una perspectiva distinta, se apunta como criterio a seguir el coste de amortización del bien, que posibilita, según se ha mantenido por sus defensores, adaptarse mejor al bien específico objeto de la restitución y a sus características particulares. De esta forma, no es igual un bien que se adquirió ya usado que uno completamente nuevo, o un bien mueble que un bien inmueble<sup>143</sup>. Cabe objetar a esta tesis del coste de amortización del bien que conduce al precio concreto pagado por el bien y no tanto a la utilidad de uso objetivo del bien.

A juicio de Carrasco Perera, y ya en relación con los casos del Dieselgate, si llegara a tener éxito la acción resolutoria *ex* artículo 1124 CC, debería analizarse sin duda la restitución del valor de uso consumido por el comprador demandante. Según el citado autor esta reducción ha de aplicarse, debiendo devolver el actor el uso consumido, junto con el vehículo tal cual está. Propone determinar

---

<sup>140</sup> SOLER PRESAS, *ADC*, 2018, p. 1261, considera desproporcionado el uso de este parámetro –coste o renta de alquiler–, en cuanto no se trata de medir daños ni de determinar la utilidad concreta obtenida por los contratantes, sino la abstracta que deriva de la disponibilidad de uso del bien.

<sup>141</sup> Analiza la doctrina y jurisprudencia alemana SOLER PRESAS, 1998, pp. 173-174.

<sup>142</sup> Así, SOLER PRESAS, *ADC*, fasc. IV, 2018, p. 1262.

<sup>143</sup> Partidario de tal criterio RUIZ ARRANZ, Tesis doctoral de próxima publicación en BOE, p. 492; trabajo que muy amablemente me hizo llegar su autor. Crítica que la propuesta del coste del mantenimiento del bien no tiene en cuenta la diversidad de supuestos que pueden presentarse y, además, que la medida del coste de mantenimiento del bien obliga al deudor a restituir *su* propio coste. Y la idea, a su juicio, no consiste en indemnizar el interés negativo, sino en que las partes sean recíprocamente colocadas en la situación que tenían antes del contrato.

el valor de uso según las tablas usuales de depreciación anual y por kilometraje del valor de un vehículo a precio de nuevo<sup>144</sup>.

En cualquier caso, como ya se ha apuntado antes, el objeto de la restitución es el bien y el haber podido disponer de él por el tiempo que transcurre entre la entrega y la restitución, es decir, su utilidad en cuanto cualidad abstracta del bien. Tal disponibilidad posee un valor que no coincide ni tiene que corresponderse con la pérdida de devaluación del bien. No tiene que compensarse, pues, por la pérdida de valor<sup>145</sup>.

#### 4. FRENTE A QUÉ SUJETO SE EJERCITARÍA, EN SU CASO, LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

##### 4.1 Ejercicio del remedio de la resolución contractual en virtud de la normativa de consumo

Puede ya anticiparse que, tanto con la redacción anterior como con la vigente del TRLGDCU, el remedio de la resolución contractual solo podría ejercitarse frente al vendedor, pero no frente al fabricante. En este sentido las Directivas europeas dejan bien clara la distinción entre la responsabilidad directa del fabricante por productos defectuosos (que respondería de los daños materiales causados en otros bienes distintos del producto defectuoso y de los daños económicos y morales que tuvieran su origen en un daño corporal) y la responsabilidad directa del vendedor, que responde de toda falta de conformidad, aunque esta tenga su origen inicialmente en una falsa expectativa del comprador generada por declaraciones públicas del fabricante.

Los remedios por falta de conformidad tienen como responsable directo, pues, al vendedor y solo de forma subsidiaria contemplan la responsabilidad del productor. ¿Cuál es la razón que está detrás de ello? El espíritu inicial de la normativa comunitaria (Directiva [1999/44]) fue considerar responsable al vendedor de la falta de conformidad, aunque dicha falta poseyera su origen en sujetos que se encuentran por encima del vendedor en la cadena de fabricación y distribución. Detrás de esta opción existían razones de signo político, en cuanto el vendedor suele ser el más cercano al comprador y, ade-

<sup>144</sup> CARRASCO PERERA, *Estudios de Derecho de Consumo*, 2016, p. 5.

<sup>145</sup> En este sentido BASOZÁBAL ARRÚE, 2022, pp. 78-79. RUIZ ARRANZ explica que, a su juicio, debe huirse de caer en una suerte de indemnización por depreciación, de modo que se sitúe al acreedor que restituya en la posición que tendría si el contrato no se hubiera celebrado. Son dos cosas distintas colocar al acreedor en esta última posición, por una parte, y, por otra, recuperar el *status quo* anterior. Consúltese su tesis doctoral, de próxima publicación en el BOE, p. 490.



más, razones de carácter jurídico, en cuanto en la tradición continental y en la inglesa el contrato de compraventa se presenta como el marco jurídico adecuado para llevar a cabo la tutela del consumidor por los defectos o la falta de conformidad del bien<sup>146</sup>.

Solo se contempla la responsabilidad del productor, con carácter subsidiario a la del vendedor, en el artículo 124 TRLGDCU (en su tenor anterior al hoy vigente, que desarrolla la Directiva [1999/44]), ya que únicamente se permite actuar contra aquel cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse contra el vendedor y, además, de modo simultáneo, cuando la falta de conformidad sea imputable al productor, es decir, se esté ante defectos cuya causa resida en el origen, identidad o idoneidad del producto<sup>147</sup>.

*Marín López* consideraba en su día correcta esta opción del legislador de establecer la responsabilidad del productor en el citado artículo 124 TRLGDCU. Las razones son varias: ello incrementa la tutela del consumidor, añadiendo otro sujeto más que debe responder de la falta de conformidad; los motivos por los que un consumidor elige un producto suelen ir ligados más a la competencia atribuida al fabricante que a la capacidad y solvencia de los vendedores y, por último, la responsabilidad del fabricante por los defectos de la cosa constituye un incentivo para la mejora de sus productos.

Sin embargo, este autor criticaba, a la vez, la confusa regulación del artículo 124 TRLGDCU. En este sentido, aunque pudiera derivarse lo contrario del tenor literal, debían concurrir, a su juicio, todos los requisitos previstos en los dos primeros párrafos del precepto para la responsabilidad del productor<sup>148</sup>. Pero, sobre todo, criticaba que hubiera supuesto un retroceso respecto a los pronunciamientos judiciales que, con base en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, permitían la recla-

<sup>146</sup> En este sentido MORALES MORENO, 2006, p. 164.

<sup>147</sup> Así MARÍN LÓPEZ, «Artículo 124 TRLGDCU», 2015, pp. 1800-1802 y JUAREZ TORREJÓN, *RCDI*, 2020, p. 3178.

El artículo 124 TRLGDCU afirmaba que «Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto.

Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

Quien haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento». Se ha sostenido por García Rubio, *LL*, 2003, p 7, que «Se trata pues de una acción “extracontractual” situada en un contexto general de relaciones puramente contractuales»

<sup>148</sup> Véase el tenor literal del precepto en la nota de pie de página anterior.

mación por el consumidor, de modo indistinto, al vendedor y al productor. En su opinión hubiera sido mucho más oportuno el establecimiento de una regla clara en la que se afirmara la responsabilidad solidaria del vendedor y del productor por las faltas de conformidad imputables a este último<sup>149</sup>.

Por su parte, el nuevo artículo 125 TRLGDCU, en su redacción dada por el RDL 7/2021 que transpone la Directiva [2019/771], tampoco consagra dicha responsabilidad solidaria, manteniéndose el carácter subsidiario de la responsabilidad del productor en similares términos a los del antiguo precepto 124 TRLGDCU<sup>150</sup>. El artículo 125 no ha eliminado la confusión que la doctrina criticaba respecto al anterior artículo 124, al incluir en párrafos separados los requisitos para el ejercicio de la acción contra el productor. Así también, respecto a la redacción del artículo 125 ha de interpretarse, pues, que deben concurrir los dos requisitos conjuntamente para que se pueda ejercitar dicha acción contra el productor, aunque vengan en párrafos separados (imposibilidad o carga excesiva de reclamar frente al empresario y falta de conformidad imputable al productor), y no solo uno de ellos<sup>151</sup>.

La responsabilidad de carácter subsidiario del productor se circunscribe en todo caso a las acciones de reparación y de sustitución del bien, tal y como señalaba de modo expreso la redacción anterior del artículo 124 TRLGDCU y como prevé el nuevo artículo 125 TRLGDCU al aludir a la puesta en conformidad del bien. Es decir, no cabría inicialmente ejercitar contra el productor ni la reducción del precio ni la resolución del contrato al no haber sido parte contratante<sup>152</sup>. Se ha cuestionado la doctrina si debido a la diferente expresión utilizada por el artículo 125 frente al 124 (esto es, sustitución de la expresión «reparación y sustitución del bien» por «puesta en conformidad del bien») podría defenderse que, acorde con la nueva redacción del artículo 125, el consumidor podría reclamar al productor la puesta en conformidad

<sup>149</sup> MARÍN LÓPEZ, «Artículo 124 TRLGDCU», 2015, pp. 1797-1799.

<sup>150</sup> «1. Cuando al consumidor o usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad, podrá reclamar directamente al productor con el fin de conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad.

Con carácter general, y sin perjuicio de que cese la responsabilidad del productor, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el empresario, el productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

2. Quien haya respondido frente al consumidor o usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computará a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora».

<sup>151</sup> En este sentido LETE ÁCHIRICA, «Comentario al art. 125 TRLGDCU», 2022, p. 1820. El productor responde cuando la falta de conformidad tenga su origen dentro de su esfera de control y ello no significa en absoluto, claro, que haya actuado con dolo o culpa.

<sup>152</sup> TORRELLES TORREA, «Comentario al art. 121 TRLGDCU», 2011, p. 1105.

de los bienes mediante la reducción del precio o la resolución contractual, al menos como remedios subsidiarios después de haber intentado la reparación o la sustitución. Se ha concluido en un sentido negativo, en cuanto el precio fue resultado de un acuerdo entre empresario y consumidor y fue pagado al empresario, no al productor<sup>153</sup>.

Morales Moreno hace ya tiempo que ponía de relieve la insatisfacción de que la entonces futura normativa europea en materia de consumo no recogiera la responsabilidad directa del productor ante la falta de conformidad del bien por sus propias declaraciones públicas y, a la vez, se preguntaba cómo puede responder por insatisfacción de un contratante quien no es parte en el contrato celebrado con el consumidor. A su juicio, un modo coherente de dar solución al problema sería considerar al productor como garante de la satisfacción del interés del consumidor en ese mismo contrato<sup>154</sup>. Sobre esta posibilidad vuelvo más adelante.

#### 4.2 Ejercicio del remedio de la resolución contractual *ex artículo 1124 CC*

Aunque, a raíz de la sentencia del TJUE (asunto C-145/20) de 14 de julio de 2022 se comience a abrir paso al ejercicio de la acción resolutoria *ex artículo 1124 CC* solo si se entiende que se está ante un incumplimiento esencial, la cuestión abierta es frente a qué sujeto podría ejercitarse dicha acción. Es claro que frente al vendedor en cuanto este es parte contratante. Como ya se ha apuntado antes en el presente trabajo, él respondería de las declaraciones hechas en la publicidad por el fabricante en virtud del artículo 1258 del Código Civil<sup>155</sup>. Los contenidos de la publicidad se incorporan al contrato como deberes de prestación de un contratante hacia el otro. Por consiguiente, el comprador podrá utilizar los remedios propios ante el incumplimiento contractual; entre ellos, la resolución<sup>156</sup>.

Por otra parte, como es conocido, cada vez es más mayoritaria la línea jurisprudencial que prescinde, como requisito para la admisión de la resolución *ex artículo 1124 CC*, del elemento volitivo (tradicionalmente denominado «presencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento»), utilizando la frustración del contrato como criterio para calificar el incumplimiento como resolutorio<sup>157</sup>. Ello es interesante en aquellos casos (como el del Dieselgate) en los que, con

<sup>153</sup> LETE ACHIRICA, «Comentario al art. 125 TRLGDCU», 2022, p. 1822. Ya señala esta misma idea, en relación con la anterior Directiva [1999/44], GARCÍA RUBIO, *LL*, 2003, p. 7.

<sup>154</sup> MORALES MORENO, *ADC*, 1999, pp. 284-285.

<sup>155</sup> MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 1028.

<sup>156</sup> MORALES MORENO/GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, pp. 781-782.

<sup>157</sup> CLEMENTE MEORO, 2016, p. 229 y SAN MIGUEL PRADERA, 2010, p. 1248.

frecuencia, el concesionario desconoce el fraude en el momento de la celebración de la compraventa y, por tanto, carecería de esa «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento».

Pero, ¿se podría ejercitar la acción resolutoria frente al fabricante alemán? El mayor obstáculo estaría, sin duda, en la aplicación del principio de la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 CC). Técnicamente se presenta muy complicado el ejercicio contra el fabricante alemán de las acciones de resolución o de reducción del precio, ante una falta de conformidad del bien imputable a la publicidad. El fabricante no es parte del contrato de compraventa del vehículo.

Sin embargo, las dos sentencias del TS español dictadas hasta el momento sobre el Dieselgate han emitido una doctrina que flexibiliza dicho principio y han llegado a declarar la responsabilidad civil de la fabricante alemana por incumplimiento contractual (o de su distribuidora en cuanto esta asume la responsabilidad propia del fabricante<sup>158</sup>), condenándola al pago de la indemnización de los daños morales al comprador. En el caso de la STS de 23 de julio de 2021 no se condena al vendedor en cuanto se entiende que queda exonerado de responsabilidad al desconocer el fraude. Y en el supuesto de la STS de marzo de 2020 se confirma la sentencia de la AP, la cual aprecia responsabilidad civil solidaria de la concesionaria y del fabricante alemán<sup>159</sup>.

<sup>158</sup> En la ya citada STS de 23 de julio de 2021 se considera que la carta que Vaesa (distribuidora) dirige al demandante, adquirente del vehículo equipado con el software ilegal, y que se presenta por este como prueba en el litigio, constituye expresión de una verdadera asunción de legitimación por parte de Vaesa en la que los destinatarios podían confiar. Precisamente, lo que explica su comportamiento de asumir en nuestro país, a través de la carta que envía a los adquirentes, la posición de responsabilidad propia del fabricante, es el hecho de que sea algo más que una sociedad del grupo Volkswagen. La realidad es que está íntegramente participada por Volkswagen AG a través de otras sociedades del grupo. Los términos en los que en la carta se dirige a los consumidores expresan con claridad la asunción de la responsabilidad propia del fabricante, manifiesta al reconocer que la incidencia afectaba directamente al vehículo del demandante y al comunicar cómo se solucionaría la misma y su realización a través de sus Servicios Oficiales.

<sup>159</sup> De modo reciente la STJUE (Gran Sala) de 21 de marzo de 2023, QB v. Mercedes-Benz Group AG, asunto C-100/21, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg mediante resolución de 12 de febrero de 2021. Tal petición se plantea en el contexto de un litigio en relación con el derecho invocado por QB a ser indemnizado por el daño sufrido a consecuencia de la adquisición de un vehículo diésel equipado con un programa informático que reduce la recirculación de los gases contaminantes de dicho vehículo en función de la temperatura exterior y que no se ajusta a lo prescrito en el Derecho de la UE. Mantiene el TJUE que los Estados Miembros están obligados a prever que el comprador de un vehículo de motor que lleva incorporado un dispositivo de desactivación prohibido, en el sentido del artículo 5, apartado 2 del Reglamento n.715/2007, disponga de un derecho a ser indemnizado por el fabricante de ese vehículo cuando tal dispositivo le haya causado un daño. A falta de regulación en el Derecho de la UE sobre los criterios de obtención de una indemnización por parte de los compradores afectados por este tipo de vehículos, corresponde a cada Estado la determinación de dichos criterios. Por último, mantiene que el órgano jurisdiccional ha de comprobar si la compensación de la ventaja obtenida por el uso efectivo del vehículo concreto garantiza un resarcimiento adecuado al comprador afectado.

En qué argumentos se basa el Tribunal Supremo en las dos sentencias sobre el Dieselgate dictadas hasta el momento para fundamentar la modulación del principio de la relatividad de los contratos. La sentencia de 23 de julio de 2021 se limita a recoger en este sentido en su fundamento 5.º parte de las afirmaciones hechas en la anterior sentencia, de Pleno, de 11 de marzo de 2020, primer pronunciamiento sobre el Dieselgate. En este último el Tribunal Supremo realiza una serie de explicaciones pormenorizadas acerca de la modulación en ciertos ámbitos concretos del principio de relatividad de los contratos contenido en el artículo 1257 CC. Hace inicialmente una consideración rápida sobre la nueva estructura económica de la sociedad y la producción en masa, por las que deviene hoy imposible seguir manteniendo la concepción de los contratos como realidades absolutamente independientes entre sí, con falta de eficacia respecto a quien no ha sido parte en los mismos; consideración que se adecuaba perfectamente, sin embargo, a las condiciones existentes en la época de la promulgación del Código Civil.

Y, a continuación, el tribunal amplía el ámbito subjetivo de la responsabilidad en la compraventa de vehículos, extendiéndolo al fabricante por defectos en la fabricación, tomando como apoyo central sus propios antecedentes jurisprudenciales; en particular, los referidos al contrato de obra, en donde extendió la legitimación del comprador para ejercitar acciones que correspondían en sentido estricto al promotor frente al contratista o al arquitecto en base al artículo 1591 CC. Como es conocido, en este ámbito concreto hubo una intervención posterior del legislador en este mismo sentido en la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999.

Este primer pronunciamiento sobre el Dieselgate apunta, además, otras particularidades del ámbito de la contratación de vehículos que justifican también la modulación del artículo 1257 CC para extender la responsabilidad contractual al fabricante; consideraciones a las que tampoco hace referencia explícita en su sentencia posterior de 23 de julio de 2021. Así, la importancia de la marca del fabricante, la fidelidad del consumidor a dicha marca, su influencia en la decisión de adquirir el vehículo y la afectación masiva a una pluralidad de adquirentes que los defectos de fabricación suelen provocar.

¿Qué argumentaciones de la STS de 11 de marzo de 2020 sí recoge en su fundamento 5.º la sentencia del segundo pronunciamiento sobre el Dieselgate (STS de 23 de marzo de 2021) para concluir la responsabilidad contractual del fabricante (Volkswagen A. G.) en virtud de los artículos 1101 ss CC? En mi opinión, cabe sintetizar en dos premisas fundamentales dicho fallo:

La primera premisa es la existencia de vínculos con trascendencia jurídica entre el fabricante y el comprador final, a pesar de que no se haya celebrado un contrato entre ellos. Uno de tales vínculos jurídicos es la posibilidad que posee el consumidor final de exigir las prestaciones del bien ofertadas en la publicidad del producto, generalmente realizadas por el fabricante. La segunda premisa es que al fabricante le es imputable el incumplimiento del contrato en la medida en que el producto, lanzado al mercado a través de la red de distribuidores de aquel, no reúne las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el fabricante. Así, en la publicidad emitida por Volkswagen A. G. se recogió un nivel de emisión de gases contaminantes que no se correspondía con la realidad.

Acoge el Tribunal Supremo en los dos pleitos del Dieselgate la afirmación de una acción directa del consumidor hacia el fabricante en base al «contacto social», por obra de la técnica publicitaria y de la confianza inducida en general por el fabricante en la bondad del producto, tesis que en la práctica no ha tenido mucha acogida en España. La tesis del tribunal se sustenta en que, aunque fabricante y consumidor no estén ligados en sentido estricto por un contrato (el de compra-venta del vehículo), existen ciertos vínculos jurídicos entre ambos (como la posibilidad de exigir las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto) que dan lugar a una acción directa del consumidor hacia el fabricante. Ellos son, además, según el tribunal, los sujetos realmente relevantes en el proceso de distribución de los automóviles y el vendedor es solo un sujeto intermedio.

La doctrina, con razón, ha calificado las distintas teorías esgrimidas para excepcionar el principio de la eficacia relativa de los contratos con el fin de atribuir al comprador una acción de naturaleza contractual contra el fabricante que no ha suministrado directamente el producto, como artificiosas y con grandes inconvenientes desde el punto de vista técnico<sup>160</sup>.

Sería deseable, a mi juicio, la existencia de un precepto legal que previera expresamente la responsabilidad contractual del fabricante por sus propias declaraciones públicas. La vía contractual constituye, en principio, un marco mucho más adecuado para situar dicha responsabilidad, en la medida en que tiene su origen en defectos o faltas de conformidad del bien objeto de un contrato y, además, en que la fórmula de la responsabilidad extracontractual en virtud de las normas generales del Código Civil tampoco parece una solución exenta de complejidad para el consumidor. Así, el perjudicado debería acre-

---

<sup>160</sup> En este sentido PARRA LUCÁN, 2014, pp. 195-196. Explica que el motivo de fondo que ha llevado a la jurisprudencia a superar el principio de relatividad del contrato ha sido la constatación de que en el actual sistema de producción y distribución al vendedor le resulta sencillo acreditar que desconocía que el bien tuviera un defecto o vicio.

ditar los presupuestos exigidos en el artículo 1902 CC, algunos de difícil prueba para él, como la identificación de acciones u omisiones del fabricante o distribuidor relativas al proceso de producción y distribución, la culpa y la relación de causalidad<sup>161</sup>.

Mientras no haya una norma legal específica que establezca la responsabilidad contractual del fabricante en estos casos, una buena fórmula de solución sería la propuesta por Morales Moreno dentro del ámbito del Derecho de Consumo, justificada en el principio de buena fe. El sostiene que al fabricante podría considerársele como garante de la satisfacción del interés del consumidor en el contrato de compraventa celebrado. Explica que, al circunscribirse la garantía del productor al interés en el cumplimiento del contrato, éste podría proporcionar al consumidor los mismos remedios que el comprador dispone frente al vendedor<sup>162</sup>. Incluso el productor, siempre en su posición de garante al no ser parte contratante, puede quedar obligado a asegurar al consumidor el ejercicio de la resolución, mediante el reembolso del precio pagado y la facilitación de la restitución del bien<sup>163</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Nuevo régimen de garantías de los bienes de consumo y otras novedades introducidas por el RD Ley 7/2021 en el TRLGDCU», *AC*, núm. 11, Noviembre 2021 (LLEY 12387/2021)
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 11, 17 October 2022, pp. 35-40.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL*, Tecnos, Madrid, 2018.
- BASOZÁBAL ARRÚE, Xavier: «Resolución y restitución», en *Estudios de Derecho de Contratos*, Vol. I, Morales Moreno, A. M. (dir)/ Blanco Martínez, E. (coord.), Colección de Derecho Privado, BOE, 2022, pp. 57-89.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario al art. 21 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 270-305.

<sup>161</sup> Señala esta misma dificultad de encauzar la demanda por el consumidor contra el fabricante y el distribuidor en los casos del Dieselgate por el cauce del artículo 2043 del Código Civil italiano (precepto básico regulador de la normativa de responsabilidad extracontractual) POSIO, 2017, p. 58.

<sup>162</sup> MORALES MORENO, *ADC*, 1999, pp. 285-286. Ahora bien, no quedaría cubierta por la garantía, en su opinión, la indemnización de los daños patrimoniales, de difícil cálculo, cuya reparación podría generar en el garante una excesiva responsabilidad económica.

<sup>163</sup> MORALES MORENO, *ADC*, 1999, p. 287.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario al art. 25 CISG», en *La Compra-venta internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo (dir. y coord.), Thomson Civitas, 2006, pp. 211-222.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «Comentario al art. 21 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo I, Cañizares Laso, A. (dir)/ Zumaquero Gil, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 379-393.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021 de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, núm. 9881, 29 de junio de 2021 (laleydigital.es).
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario al art. 61 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Cámara, S. (dir), Colex, Madrid, 2011, pp. 510-537.
- CARRASCO PERERA, Angel: «Más allá del Dieselgate: El insostenible caso en favor de remedios sostenibles en las ventas al consumidor», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45, 2023, pp. 1-28 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3251/2540>).
- *Derecho de Contratos*, 3.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2021.
- «El caso Volkswagen llega a los tribunales españoles», *Centro de Estudios de Consumo*, 27/05/2016, pp. 1-7 (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com>)
- CARRASCO PERERA, Angel/GARCÍA MONTORO, Lourdes: «Batalla legal contra Volkswagen: El desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18, 2016, pp. 1-16 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1100>).
- CASTILLA BAREA, Margarita: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores. Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- CLEMENTE MEORO, Mario: «Comentario al art. 1124 CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. III, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (dirs), 2.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 225-235.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, enero 2009, pp. 1-136 (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite>) (fecha de consulta: 5/12/2022).
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «El dieselgate: dos modos distintos de enfocar y resolver en España», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 149, octubre-diciembre 2021, pp. 1-11.
- DE CRISTOFARO, Giovanni: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la Direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000.
- DEL OLMO, Pedro: «Remedios por el incumplimiento: el Código Civil, entre ayer y mañana», en *Estudios de Derecho de Contratos*, Vol. II, Morales Moreno, A. M. (dir)/ Blanco Martínez, E. (coord.), Colección de Derecho Privado, BOE, 2022, pp. 853-891.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Los incumplimientos resolutorios*, Cuadernos Civitas, Cizur Menor, 2005.
- EWING, Jack: *El escándalo de Volkswagen: Cómo, cuándo y por qué Volkswagen manipuló las emisiones de sus vehículos*, Deusto Ediciones S. A., 2017, tra-



- ducción por González P. de la obra *Faster, Higher, Farther. The Volkswagen Scandal*, W. W. Norton&Company Inc., New York, 2017.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, Tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685.
- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», *ADC*, Tomo LXII, fasc. I, 2009, pp. 211-334.
- «Comentario a la STS de 17 de enero de 2008 (RJ 2008, 209)», *CCJC*, núm. 78, septiembre-diciembre 2008, pp. 1299-1339.
- FERRER GUARDIOLA, Joan Andreu: «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, octubre-diciembre 2021, pp. 161-226.
- GARCÍA MONTORO, Lourdes: «Si adquirió un Volkswagen “contaminante” no puede devolverlo y pretender el reembolso de su dinero. Sentencia del *Landgericht Bochum*, I-2 O 425/15, de 16 de marzo de 2016», *Centro de Estudios de Consumo*, 6 de abril de 2016, pp. 1-10 ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco))
- GSELL, Beate: «Commentary article 14», en *EU Digital Law, Article-by-Article Commentary*, Schulze, R./Staudenmayer, D. (ed), First edition, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 241-271.
- INFANTE RUIZ, Francisco: «La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria», en *Acceso a la vivienda y contratación*, Parra Lucán, M. A. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 218-270.
- JANSSEN, André: «The Dieselgate Saga: the Next Round», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 11, 17 October 2022, pp. 169-172.
- JUAREZ TORREJÓN, Angel: «La responsabilidad directa del productor ante el consumidor. Dieselgate (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo)», *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3158-3187.
- LANDO, Ole/BEALE, Hüge (ed): *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000.
- LETE ACHIRICA, Javier: «Comentario al art. 115 ter TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Cañizares Laso, A. (dir)/Zumaquera Gil, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1667-1691.
- «Comentario al art. 119 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Cañizares Laso, A. (dir)/Zumaquera Gil, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1737-1743.
- «Comentario al art. 119 ter TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Cañizares Laso, A. (dir)/Zumaquero Gil, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1749-1751.
- «Comentario al art. 125 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Cañizares Laso, A. (dir)/Zumaquero Gil, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1817-1825.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián/GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario al art. 61 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 864-878.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley*, núm. 9461, Sección Doctrina, 22 de julio de 2019 (LA LEY 8329/2019) (laleydigital.es)
- «Comentario al art. 116 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1683-1714.
- «Comentario al art. 118 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1725-1732.
- «Comentario al art. 120 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1745-1761.
- «Comentario al art. 121 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1761-1769.
- «Comentario al art. 123 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1775-1794.
- «Comentario al art. 124 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1795-1808.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe», *ADC*, Tomo LXXIII, fascículo III, 2020, pp. 983-1065.
- «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, 1.<sup>a</sup> edición, Cizur Menor, 2006, pp. 161-188.
- «Comentario al art. 35 CISG», en *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo, L. (dir), Thomson Civitas, 2006, pp. 286-312.
- «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», *ADC*, vol. 52, núm. 1, 1999, pp. 265-288.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel/GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «La incorporación de la publicidad al contrato: evolución y criterios jurisprudenciales de aplicación», en *Estudios de Derecho de Contratos*, Vol. II, Morales Moreno, A. M. (dir) /Blanco Martínez, E. (coord.), Colección Derecho Privado, BOE, 2022, pp.767-787.

- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: «El “dieselgate” ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», *Indret* 3/2020, pp. 1-34 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- ORTI VALLEJO, Antonio: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- PARRA LUCÁN, María Angeles: «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Reglero Campos, F./Busto Lago, J. M. (coords), 5.ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 180-329.
- «Comentario al art. 21 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Cámara Lapuente, S. (dir), Colex, 2011, pp. 288-293.
- PLANA ARNALDOS, María Carmen: «Responsabilidad por software fraudulento. Diferentes remedios para un mismo problema», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños* (Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón), Tomo III, Ataz López, J./Cobacho Gómez, J. A. (dirs), 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1165-1190.
- POSIO, Giovanni: «Italy», en *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Frigessi di Rattalma, M. (ed), Springer, Brescia, 2017, pp. 47-66.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Análisis del Dieselgate desde el Derecho Civil (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II, 2022, pp. 635-724.
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: *La estructura de la restitución contractual*, Tesis doctoral leída en la UAM el 5 de mayo de 2022 (próxima publicación en el BOE).
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC*, Tomo LXIV, fascículo IV, 2011, pp. 1685-1724.
- «Comentario al artículo 1124 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (dir), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1247-1251.
- SCHMID, Christoph: «Germany», en *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Frigessi di Rattalma, M. (ed), Springer, Brescia, 2017, pp. 27-46.
- SIVESAND, Hanna: *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or are Restrictions Necessary?*, Sellier European Law Publishers GmbH, Múnich, 2005.
- SOLER PRESAS, Ana: «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio», *Almacén de Derecho*, 1 de abril de 2019 (<https://almacenederecho.org/la-liquidacion-del-contrato-resuelto-el-remedio-restitutorio>).
- «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio», *ADC*, fasc. IV, 2018, pp. 1227-1276.
- *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- STAUDENMAYER, Dirk: «The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law», *European Review of Private Law*, 4, 2000, pp. 457-564.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume I, edited by Von Bar and Clive, Sellier, Múnich, 2009.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Comentario al art. 121 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Cámara Lapuente, S. (dir), Colex, 2011, pp. 1105-1109.

VECINA AZNAR, Alvaro: «El TJUE abre las puertas a la resolución contractual en los vehículos afectados por el Dieselgate. Tres sentencias del TJUE de 14 de julio de 2022», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 43, 2022, pp. 34-51.

VIGURI PEREA, A.: *Hacia la solución legal de un laberinto civil. El caso Dieselgate. Contratos y corporaciones multinacionales*, 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

## INDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS JUDICIALES

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- TJUE (Gran Sala) Caso *QB contra Mercedes-Benz Group AG*, Sentencia de 21 de marzo de 2023, asunto C-100/21 (JUR 2023/124043). Ponente: P. G. *Xuereb*.
- TJUE (Gran Sala) Caso *Deutsche Umwelthilfe eV contra Bundesrepublik Deutschland*, Sentencia de 8 de noviembre de 2022, asunto C-873/19 (JUR 2022/344405). Ponente: P. G. *Xuereb*.
- TJUE (Gran Sala) Caso *GSMB Invest GmbH & Co. KG contra Auto Krainer GesmbH*, Sentencia de 14 de julio de 2022, asunto C-128/20 (JUR 2022/239956). Ponente: P. G. *Xuereb*.
- TJUE (Gran Sala) Caso *IR contra Volkswagen AG*, Sentencia de 14 de julio de 2022, asunto C-134/20 (JUR 2022/239957). Ponente: P. G. *Xuereb*.
- TJUE (Gran Sala) Caso *DS contra Volkswagen AG y Porsche Inter Auto GmbH & Co. KG*, Sentencia de 14 de julio de 2022, asunto C-145/20 (JUR 2022/239958). Ponente: P. G. *Xuereb*.

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 23 de julio de 2021 (RJ 2021/3583). Ponente.: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.
- STS de 20 de marzo de 2020 (RJ 2020/752). Ponente.: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.
- STS de 4 de mayo de 2017 (RJ 2017/3273). Ponente.: Excma. Sra. M.ª Angeles Parra Lucán.
- STS 12 de julio de 2011 (RJ 2011/ 7372). Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.
- STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000/9177). Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Barcelona (sección 1.<sup>a</sup>) núm. 11/2019 de 21 de enero de 2019 (AC 2019/51). Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Isabel Adela García de la Torre Fernández.
- SAP de Madrid (sección 20.<sup>a</sup>) núm. 301/2019 de 1 de julio de 2019 (JUR 2019\249875). Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson.
- SAP de Lleida (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 354/2019 de 2 de julio de 2019 (AC 2019/111). Pte: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda.
- SAP de Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 434/2019 de 5 de noviembre de 2019 (AC 2019/1726). Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Alvaro Artola Fernández.
- SAP de Cantabria (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 31/2018 de 22 de enero de 2018 (AC 2018/195). Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera.
- SAP de Salamanca (sección 1.<sup>a</sup>) núm. 38/2018 de 9 de febrero de 2018 (AC 2018/427). Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo.
- SAP de Burgos (sección 2.<sup>a</sup>) núm. 304/2018 de 18 de septiembre de 2018 (AC 2018/1571). Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera.
- SAP de Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 107/2017 de 11 de abril de 2017 (AC 2017/794). Ponente.: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.
- SAP de Islas Baleares (sección 5.<sup>a</sup>) núm. 288/2017 de 17 de octubre de 2017 (JUR 2017\290025). Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Covadonga Sola Ruiz.
- SAP de Valladolid (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 391/2017 de 21 de noviembre de 2017 (JUR 2018/30442). Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas.
- SAP de Murcia (sección 5.<sup>a</sup>) núm. 159/2008 de 3 de julio (JUR 2008/362915). Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz.
- SAP de Castellón (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 95/2008 de 26 de febrero de 2008 (AC 2008/891). Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Gil Marqués.
- SAP de A Coruña (sección 5.<sup>a</sup>) núm. 404/2007 de 24 de septiembre de 2007 (AC 2008/435). Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Martelo Pérez.

- SAP de León (sección 1.<sup>a</sup>) núm. 202/2007 de 27 de junio de 2007 (JUR 2007/357713). Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Prieto Morera Castellón.
- SAP de Castellón (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 588/2005 de 28 de noviembre de 2005 (AC 2006/219). Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Adela Bardón Martínez.

#### JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

- SJPI de Ibi (Alicante) (sección 1.<sup>a</sup>) núm. 116/2022 de 23 de septiembre de 2022 (JUR 2022/339431). Ponente: Ilmo. Sr. D. Diego Gil Luis Navarro.

#### JUZGADO DE LO MERCANTIL

- SJM de Madrid núm. 1 36/2021 de 25 de enero de 2021 (JUR 2021/25275). Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Nieto Delgado.



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Cristina ARGELICH COMELLES** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos CASTELLS SOMOZA** (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN** (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **José 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), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor contratado 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. Abuso de derecho. Requisitos.**–De acuerdo con la jurisprudencia actual (STS 690/2012, de 21 de noviembre y STS 137/2021, de 11 de marzo), los requisitos condicionantes para la apreciación de la existencia



de abuso del derecho son los siguientes: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con *animus nocendi*), o en forma objetiva, es decir, el ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a sus fines económico-sociales (en el mismo sentido, STS 455/2001, de 16 de mayo y STS 722/2010, de 10 de noviembre).

**Inexistencia de ejercicio abusivo cuando se ejercita un legítimo derecho basado en una norma legal: principio de que quien usa de su derecho a nadie perjudica.**—La regla *qui iure suo utitur neminem laedit* ampara a quien, fundado en la existencia de una norma que le reconoce un derecho subjetivo, ejercita el mismo a fin de materializar su contenido. Por ello, no puede considerarse que el demandado, al hacer valer su derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado y el sometimiento del edificio al régimen jurídico convenido, concorde con la unidad estructural del edificio y lo pactado expresamente por las partes, hayan incurrido en las conductas vedadas por el artículo 7.2 CC, de manera tal que su comportamiento devenga antisocial o inmoral o hayan actuado con el ánimo de dañar, o movidos por la intención de perjudicar a los demandados sin obtención de ventaja alguna para su posición o intereses jurídicos. En el caso, el demandado se opone a lo que considera ilegal, por lo que utiliza una causa justa, en tanto habiendo sido anulada la segregación del terreno sobre el que luego se construyó, la venta de la parcela en cuestión no alteraría su calificación urbanística (como suelo o espacio destinado a zonas verdes y deportivas), ni podría, por ende, acceder al Registro de la Propiedad como parcela edificable. (STS de 21 de septiembre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios demandante se formó mediante la construcción de 42 chalets unifamiliares con espacios comunes, entre los que quedó una parcela que, de acuerdo con la inscripción registral, fue destinada a jardines y zonas deportivas de las 42 viviendas y parcela de pozo privado propiedad de la entidad promotora. Esta última segregó posteriormente 250 mts cuadrados de la parcela del pozo y la transmitió a una sociedad, la cual también la enajenó a A y E, quienes construyeron una vivienda sobre dicha superficie. La comunidad de propietarios impugnó judicialmente la segregación llevada a cabo por la antigua promotora, la cual fue anulada por sentencia en la que se declaró la nulidad de la segregación y de las ventas posteriores de la superficie segregada, estableciéndose asimismo el carácter común de dicho terreno y que, urbanísticamente, seguía formando parte de la zona deportiva. A fin de resolver el conflicto planteado por la existencia de una vivienda, construida de buena fe por los últimos adquirentes, la Comunidad se planteó la tasación y venta de dicho terreno a A. y E, a lo que se opuso el demandado, al considerar que la normativa urbanística no amparaba las licencias de edificación concedidas para la construcción de tal vivienda. Lo cierto es que, entre 2009 y 2016, se celebraron hasta seis juntas de propietarios con el fin de resolver el conflicto mediante la desafección de la porción de terreno segregado y su venta a los constructores de buena fe, sin que nunca se pudiera obte-

ner la unanimidad necesaria, al oponerse en todos los casos el propietario luego demandado. En 2017 la junta de propietarios adopta el acuerdo de demandar a este comunero al considerar que está llevando a cabo un ejercicio abusivo de su derecho, por entender que la permanente oposición del demandado no le generaba ninguna utilidad y provocaba un daño a la Comunidad. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**2. Buena fe en el ejercicio de los derechos. Compraventa de participaciones. Alegación y prueba del derecho extranjero. Cuestión previa: Identificación de las sociedades que intervienen en este procedimiento.**—Antes de comenzar la exposición de los motivos de los recursos, con objeto de facilitar la exposición y comprensión de esta resolución, se reseña a continuación los datos relevantes de las sociedades que intervienen como partes en este procedimiento:

*a)* Rsquared Hong Kong Limited, de nacionalidad hongkonesa. Su capital social es titularidad de la sociedad española Cliva S. A.

*b)* Great China City Plaza Hong Kong Limited, de nacionalidad hongkonesa. Su capital social es titularidad de la sociedad española FL Group, S. L. (antes denominada Bayler Develops, S. L.).

*c)* Dos mil doscientos uno, S. L., es la sociedad titular del 100 % del capital social de Bayler.

*d)* Quantum Property Limited, de nacionalidad mauriciana.

*e)* Quantum Property Limited (Chongqing) de nacionalidad china, gestora de la promoción inmobiliaria.

*f)* Jiyuan Jiankun Property Limited, de nacionalidad china, cuyo objeto social es la promoción inmobiliaria en la ciudad de Jiyuan (China).

*g)* Cliva, S. A, de nacionalidad española.

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**—El motivo se formula al amparo del artículo 469.1.1.º LEC, por infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional. En su desarrollo se reitera que la jurisdicción española no es la competente, por serlo de la competencia exclusiva de los Tribunales de la República Popular China. El óbice de inadmisibilidad alegado por las recurridas no puede ser estimado. El motivo identifica con claridad las normas de la LEC y LOPJ. Pero con la cita del artículo 24 CE se impugna la quiebra del derecho al juez ordinario. En un caso como el presente, no resulta censurable que el motivo se haya canalizado en su integridad por el cauce del ordinal 1.º del artículo 469.1 LEC, sin necesidad de articular del artículo 24 CE a través de un motivo separado, y por el ordinal 4.º de ese precepto que, por su carácter más genérico, es apropiado para aquellas cuestiones que no encuentran encaje en los anteriores. Según la STS núm. 972, de 17 septiembre 2007, la invocación de la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva es excesivamente genérica, lo que no puede tener encaje en un motivo casacional, a menos que en él se trate de infracciones procesales concretas.

**Determinación de la jurisdicción competente.**—Conforme al artículo 36.1 LEC, «la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte».

El apartado 2 impone a los tribunales españoles abstenerse de conocer los asuntos que se le sometan, entre otros casos, «cuando en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado». Este precepto reenvía al régimen establecido en los artículos 21 y 22 LOPJ, en su redacción original, vigente en la fecha de interposición de la demanda.

El artículo 21 LOPJ establecía: 1) Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros, y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2) Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.

Por su parte el artículo 22.1.º LOPJ establecía «foros exclusivos» referidos a: derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; constitución, validez, o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como los acuerdos y decisiones de sus órganos; validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español; inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado en España el depósito o registro; y reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero. En el artículo 22.2 también atribuía la competencia, en el orden civil, a los tribunales españoles «con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado cuando tenga su domicilio en España». En las modificaciones posteriores de la ley se mantiene dicha regla de los tribunales españoles «cuando las partes con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos». Los contratos de compraventa de participaciones sociales de la litis contenían una cláusula de sumisión a nuestros tribunales (cláusula 9).

La cuestión relativa a la competencia de los Tribunales españoles dio lugar a la declinatoria, al existir un pacto de sumisión entre las partes, lo que condujo al enjuiciamiento y resolución de la demanda y de la apelación en los Tribunales de instancia. Puede admitirse que la compraventa de participaciones moviliza recursos de las actoras al proyecto conjunto en China, pero no que el objeto del litigio verse sobre el cumplimiento de un contrato de Joint Venture, contrato al cual hace expresa referencia el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil de la República Popular China. En cualquier caso, como alegan las actoras apeladas, no consta que tal contrato de *Joint Venture* haya entrado en vigor, al no constar que haya sido aprobado por las autoridades chinas. Por otro lado, las partes establecieron en su estipulación 9.ª una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de la ciudad de Barcelona.

Las objeciones de las recurrentes a la validez del pacto de sumisión carecen de fundamento por los siguientes motivos: 1.º) El artículo 22.2.º LOPJ, en la redacción aplicable al caso expresamente prevé la posibilidad de dicha sumisión. 2.º) El Tratado entre el Reino de España y la República Popular China de 2 mayo 1992, en particular su artículo 21, no contiene ninguna disposición contradictoria o incompatible, pues (a) no contiene una reserva de fueros exclusivos (estos, en principio, imperativos no facultativos); (b) su objeto es determinar la competencia jurisdiccional de los tribunales de los dos Estados signatarios a los efectos del reconocimiento y ejecución de decisiones

judiciales y laudos arbitrales, y para ello fija conexiones razonables, y entre ellas figura además del domicilio o residencia del demandado o la existencia de establecimiento representativo, los acuerdos de sumisión (art. 21.1), acuerdos que en el presente caso existen a favor de los tribunales españoles; y (c) en el caso no todas las sociedades demandadas tienen su domicilio en China; en concreto la acción se dirige, en cuanto a la pretensión principal, contra Quantum que fue la vendedora de las participaciones sociales en el contrato de cuya resolución se debate (además, de las cuatro sociedades demandantes, dos son españolas y domiciliadas en España, y otras dos son hongkonesas). Resultando paradójico que se considere contrario a una norma internacionalmente imperativa china la resolución de un contrato cuya causa resolutoria es precisamente la falta de aprobación del contrato por las autoridades chinas. También el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis autoriza a las partes a elegir libremente el foro.

Tampoco desvirtúa la conclusión anterior la alegación de foro exorbitante. Las razones por las que las partes pueden desear someterse a la jurisdicción de los tribunales de un concreto Estado (tribunales ajenos «neutrales») pueden ser muy variadas, y los casos de *derogatio fori* han sido admitidos por la Sala Primera (STS 322/2012). Además el pleito presenta una estrecha conexión con España, en concreto con Barcelona, según se desprende de los siguientes datos: (i) La socia única de Rsquared es la sociedad española Cliva; (ii) Great China también está participada por las mercantiles españolas FL Group China y dos mil doscientos uno, (iii) La codemandada Quantum, si bien es una sociedad con nacionalidad de las Islas Mauricio, es administrada por el empresario español Sr. Vidal; (iv) Chongqing es una mercantil de nacionalidad china que también es administrada por el Sr. Vidal; (v) Jiyuan también es administrada por el Sr. Vidal; (vi) los Acuerdos Marco de inversión y adendas, se suscribieron en Barcelona, y en esos Acuerdos se pactó que «el presente contrato se regirá por la ley común española»; y (vii) al menos algunas de las Juntas de socios de Jiyuan, con asistencia del Sr. Vidal, como representante de Quantum y Chongqing, se celebraron en la ciudad de Barcelona. En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

**Recurso de casación: Admisibilidad: Alegación y prueba del Derecho extranjero: Planteamiento de una cuestión nueva.**—El artículo 281.2 LEC establece la necesidad de que el Derecho extranjero sea probado en lo que respecta a su contenido y vigencia. Así la STS 198/2015, de 20 mayo declaró: (i) El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto (art. 12.6 CC) que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española (art. 12.1 CC). (ii) Como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no solo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, si bien de acuerdo con el principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de «la persona que invoque el derecho extranjero». (iii) Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de prueba del mismo no lo transforma, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Lo que trae diversas consecuencias: La

primera, que la infracción del Derecho extranjero es apta para fundar un recurso de casación. La segunda, que aquí nos interesa, que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hecho en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso final del artículo 281.2 LEC; por ej. se facilita admitir prueba sobre Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o incluso en casación (STS núm. 528/2014, de 14 octubre); pero no es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa. (iv) El empleo de los medios de averiguación del Der. extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal. (v) La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero es la aplicación del Derecho español.

En este caso, los documentos e informes aportados por las partes sobre el Derecho chino y hongkonés podrán ser tenidos en cuenta por el Tribunal en los términos expuestos. La práctica de la correspondiente prueba se ha realizado en la instancia y ahora solo procede pronunciarse sobre si su aplicación ha sido correcta.

Con carácter general la valoración de las pruebas periciales es función soberana y exclusiva de los Tribunales de instancia, sin que sea revisable en este recurso extraordinario, salvo que se conculque el artículo 24.1 CE por incurrirse en error de hecho palmario, o se desconozcan o falseen las conclusiones del perito. La STS 460/2016, de 5 julio, recoge una reiterada jurisprudencia en el sentido de que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas, la conclusión es que, en principio, existe la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Excepcionalmente cabrá la revisión cuando en los informes de los peritos o en la valoración judicial se aprecie un error patente, ostensible o notorio, cuando se extraigan conclusiones contrarias a datos fácticos evidentes, se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen arbitrariamente sus dictados o se aparten del propio contexto del dictamen pericial.

Pero no cabe en puridad una pericia jurídica sobre la interpretación de las normas, ya que lo que procede es el dictamen sobre su existencia y vigencia; ni la Audiencia Provincial ni este Tribunal Supremo pueden quedar vinculados por la opinión de un experto, pues quien resuelve y falla en Derecho es el Tribunal (art. 117.3 CE) y no el jurisconsulto cuyo criterio se aporta. Esta doctrina está consagrada por el artículo 33.4 de la Ley 29/2015, de 30 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, conforme al cual, «ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles».

Por ello procede desestimar la primera causa de inadmisión opuesta al motivo.

**Validez del pacto de elección de la ley aplicable.**—Lo que sí es relevante es el Informe relativo al Derecho chino, en la medida en que el Reglamento Roma I prevé una salvaguardia de las normas internacionalmente imperativas del país que tengan el carácter de «leyes de policía», distinto al de la ley aplicable elegida, que presente vínculos a través de otros elementos de la situación internacional. Los recurrentes han defendido en el proceso que esa

resolución es contraria al artículo 94 de la Ley de Contratos de la República Popular China. Según el informe de experto de Derecho chino (King & Capital Law Firm), la cláusula 6.2 de los contratos de compraventa de participaciones es válida y, al no haberse obtenido la aprobación de las autoridades chinas, conduce a la resolución del contrato. Al no haberse obtenido dicha aprobación, el contrato no ha surtido efecto, lo cual no afecta, sin embargo, a la validez de la cláusula que estipula la obligación de las partes de someter a aprobación o a la validez de las cláusulas relacionadas con dicha obligación. Los adquirentes no podrían requerir al transmitente y/o a la Sociedad que solicitaran las autorizaciones, de modo que el único remedio posible era resolver los contratos y exigir el reembolso del precio o la compensación por las pérdidas sufridas. Y la falta de registro significa que los Contratos no son válidos ante terceros de buena fe y que los adquirentes tienen derecho a resolver el contrato y a exigir el reembolso del precio o la compensación por las pérdidas sufridas.

Sobre el carácter relevante y no accesorio de esas obligaciones y, en consecuencia, la conformidad con el Der. chino (art. 94 Ley de Contratos) de la resolución contractual, la Audiencia, previo examen del informe aportado con la demanda (King & Capital Law Firm), aclara que si bien también son válidos los contratos según la legislación china, como también lo es la cláusula de la condición resolutoria, sin embargo, «es precisa la inscripción, previa autorización de las autoridades administrativas chinas competentes, para que los acuerdos tengan validez y surtan efectos ante terceros, con la consecuencia de que las actoras adquirentes no son oficialmente socios de la sociedad, y nunca podrán transmitir sus participaciones a nadie con posterioridad a los contratos, no valiendo tampoco como garantía financiera». Razones más que suficientes para negar que el incumplimiento de la obligación de obtener las autorizaciones e inscripciones registrales de la c.v. de las participaciones pueda ser calificada como meramente accesorio a fin de privar a tal incumplimiento de eficacia resolutoria.

La anterior conclusión, coincidente con la de la Audiencia, no puede quedar desvirtuada por la valoración del informe del experto aportado por los recurrentes, que no es coincidente con el aportado por las recurridas ni imperativo para el tribunal a quien corresponde el enjuiciamiento de la cuestión, pues «ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles» (art. 33.4 Ley 29/2015, de 30 julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil). En consecuencia, hay que concluir que la elección de la legislación hongkonesa, como ley aplicable al contrato, no infringió las normas de conflicto españolas, y tampoco las normas imperativas chinas respecto de la resolución de los contratos. Por lo que queda descartada la contravención de los arts. 10.5 y 6.2 CC. Finalmente, la referencia que se hace en el encabezamiento del motivo al artículo 12.1 CC, después no se desarrolla en la exposición de los fundamentos del motivo. Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

El segundo motivo del recurso denuncia la vulneración de los artículos 3.1, 7.1, y 7.2 CC y la doctrina jurisprudencial de los actos propios por indebida resolución del contrato de transmisión de participaciones.

La doctrina jurisprudencial sobre el principio de la buena fe y el abuso del derecho se basa en el artículo 7 CC que establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión

que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. La consagración de este principio determina que adquiera un efecto dinamizador sobre el ordenamiento en su conjunto. Constituye una manifestación normativa de protección general contra la mala fe, que se entroncaba históricamente con la llamada *exceptio doli*, propia del derecho romano, concebida como mecanismo de defensa contra la *actio* ejercitada dolosamente. La doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de supuestos típicos, que encierran un desleal ejercicio de los derechos subjetivos al margen de los postulados de la buena fe, en tanto en cuanto la misma veda ir en contra de los actos propios, es incompatible con el retraso desleal en el ejercicio de los derechos, es contraria a abusar de la nulidad por motivos formales, cuando se cumple o se acepta conscientemente el negocio jurídico que adolece de un defecto de tal clase, o exige la observancia de la regla *tu quoque*, según la cual no debe admitirse la invocación de las reglas jurídicas por el mismo sujeto que las despreció o no cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido, entre otras manifestaciones al respecto.

Nuestro TC, ya en las primeras sentencias (como la STC 120/1983, de 15 diciembre, y la STC 6/1988, de 21 enero) ha reconocido la virtualidad de dicho principio en el ejercicio de los derechos fundamentales; o más recientemente, las SSTC 60/2017, de 22 mayo y 165/2020, de 16 noviembre, reconocen que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE se debe ejercitar también con sujeción al principio de la buena fe.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de la misma manera valora que, en el ejercicio de los derechos fundamentales, se haya actuado con sujeción al principio de la buena fe (por ejemplo, en STEDH de 29 julio 2008, caso Flux contra Moldavia, § 29).

En definitiva, actuar conforme a los requerimientos derivados de la buena fe, dentro de los cuales se podría incluir no abusar del derecho, exige no hacerlo en contra de la confianza suscitada en la otra parte; ser coherente con la propia conducta por imperativos éticos; y no ejercitar de forma desleal los derechos subjetivos. Las actuaciones sin sujetarse a dicho principio no generan una mera sanción moral por la conducta desencadenada, sino indiscutibles consecuencias jurídicas sobre el ejercicio de los derechos, como incluso la desestimación de las pretensiones ejercitadas.

Aplicando la jurisprudencia anterior al caso: 1) No concurren los elementos exigidos por la jurisprudencia para considerar vulneradas las exigencias del principio de la buena fe ni infringida la proscripción del abuso del derecho; 2) Las recurrentes han tratado de defender su tesis con base en las siguientes alegaciones: (i) la autorización de la transmisión de las participaciones por las autoridades chinas se obtuvo en forma verbal; (ii) falta de colaboración por parte de las demandantes en los trámites para lograr la autorización administrativa y la inscripción registral; (iii) el retraso en obtener la inscripción, además de por esa falta de colaboración, se produjo por un conflicto judicial con una de las sociedades del grupo, y por causas ajenas a la voluntad de las demandadas; (iv) la prioridad de los demandantes fue siempre el proyecto inmobiliario y no la inscripción registral, que no es constitutiva de la transmisión. A lo anterior las recurrentes añaden que se produce una vulneración de la doctrina de los actos propios. El núcleo del motivo

queda centrado en si el comportamiento de las actoras en cuanto que tenían fijada su atención prioritaria en el proyecto de inversión y no en los trámites de autorización y registro, por un lado, y en cuanto que continuaron participando en la vida societaria, ejerciendo sus derechos de asistencia, voto e información en las sucesivas juntas, por otro, constituye o no una conducta que deslegitima, conforme a los principios de los actos propios y al principio de la buena fe, su pretensión posterior de resolver el contrato. La cuestión fue planteada con amplitud y acierto en ambas instancias. Como afirmó la STS 198/2015, de 20 mayo y reiteró la STS 554/2021, de 20 julio, la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español, como ocurre en este caso.

La sentencia de la Audiencia afirma que la doctrina de los actos propios se admite tanto en derecho chino como en el hongkonés, según los informes de los expertos. Pero en cualquier caso es aplicable el Derecho español. De la relación de hechos probados no cabe colegir que las demandantes hubieran renunciado de forma expresa o tácita a la facultad de resolución de los contratos. La jurisprudencia ha declarado que la renuncia expresa o tácita «ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos». Es más, lo que resulta de los antecedentes de hecho es, más bien, lo contrario, esto es, el interés patente en la obtención de las necesarias autorizaciones e inscripciones registrales, ante las consecuencias negativas para la posición jurídica de las compradoras. Así la concesión por las demandantes de dos prórrogas a las fechas pactadas para el cumplimiento de la obligación de conseguir las autorizaciones e inscripciones, respecto de la inicialmente pactada, debe interpretarse en sentido contrario al postulado en el recurso, es decir, como un elemento de flexibilidad y deseo de conservación de la relación jurídica, aplazando la efectividad del efecto resolutorio, pero manteniendo la condición de resolución pactada. Lo que se acordó fueron prórrogas del plazo de cumplimiento, no la dispensa o exoneración de la obligación, ni la renuncia de la facultad resolutoria.

Así, la facultad de resolver los contratos de compraventa de participaciones aparece en la cláusula 6.2 sin límite temporal para hacerla valer, y para el supuesto de falta de aprobación de la transmisión por las correspondientes autoridades. La sentencia impugnada hace una detallada relación de los intercambios de comunicaciones entre el representante de las demandantes (Sr. Marino) y el de las demandadas (Sr. Vidal), manifestando el interés de las compradoras en obtener la inscripción.

Por todo ello se concluye que, dado que en la instancia quedó fijado como hechos acreditados que las autorizaciones no se habían obtenido y que tampoco había tenido lugar la inscripción registral de las participaciones adquiridas, las actoras podían hacer uso de su derecho a ejercitar la facultad resolutoria del contrato y, en consecuencia, reclamar la devolución del precio y la correspondiente indemnización por daños, conforme a lo pactado, sin por ello vulnerar el principio de la buena fe, ni la doctrina de los actos propios, ni incurrir en un retraso desleal o abuso del derecho, pues lejos de infundir una confianza legítima en una supuesta renuncia a dicha facultad, desde julio de 2012 vinieron realizando sucesivos requerimientos extrajudiciales de información y de cumplimiento, de manera reiterada en el tiempo, antes de interponer la demanda que inició este procedimiento.



Todo lo anterior conduce al perecimiento del motivo y, por tanto, a la desestimación del recurso.

De acuerdo con el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente. Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la DA 15.<sup>a</sup>, apartado 9, LOPJ. (**STS de 27 de julio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.] (*G. G. C.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Interpretación de los requisitos establecidos por la Ley del Registro Civil de 1957 para el cambio de apellidos.**—El cambio de apellido regulado en los artículos 57 y 58 de la LRC de 1957 se puede llevar a efecto mediante la agregación de un apellido a otro.

Esta posibilidad es poco propicia en los casos de cambios de apellidos indecorosos o deshonorosos. Sin embargo, la agregación es un mecanismo normativo más idóneo y previsto sin salvedades para la finalidad pretendida de la conservación de un apellido español en riesgo de desaparecer, aun cuando sea cierto que un apellido compuesto no es idéntico a uno individual; no obstante de tal forma se puede conservar en el tráfico jurídico identificativo. A más abundamiento, el artículo 57.2 de la LRC de 1957 prevé expresamente tal procedimiento como legítimo vehículo normativo para conservar un apellido en trance de desaparición.

El artículo 57, apartado segundo, de la LRC de 1957 exige como requisito para el cambio de apellidos que «el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario». Este requisito se cumple si el apellido que se pretende unir o incorporar pertenece a la familia de la persona peticionaria. Por tanto, el apellido pertenece legítimamente al peticionario si resulta posible acreditar que figura en la inscripción de nacimiento de alguno de sus ascendientes.

En este contexto, la conservación de un apellido español en riesgo de extinción puede ser considerada como justa causa para el cambio de apellidos, cambio consistente en la unión del apellido que se pretende proteger a otro. (**STS de 27 de septiembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

**HECHOS.**—Los cónyuges Teodoro y Casilda presentan solicitud ante el Registro Civil para el cambio del primer apellido de su hija Elisenda, nacida en 2015, cuando contaba con tres días de edad. La pretensión consiste en agregar al primer apellido del padre su segundo apellido, José María. La razón para ello es que el apellido «José María», que es de origen español, con una antigüedad comprobada superior a los 300 años, corre un evidente riesgo de desaparición. La Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) denegó la petición.

Teodoro y Casilda interponen demanda de juicio ordinario contra la DGRN, solicitando la estimación del cambio de los apellidos de la hija de ambos. La demanda es desestimada, sobre la base de la interpretación restrictiva que merecen las normas que

rigen la alteración de apellidos, al cumplir una función identificadora de orden público.

Teodoro y Casilda recurren en apelación, recurso que es nuevamente desestimado. La Audiencia afirma que, en este supuesto, el segundo apellido del padre no pertenece legítimamente a la menor, incumpléndose así el requisito que se exige para que pueda ser admitida la modificación de apellidos que se pretende, debiendo ser el progenitor el que, en su caso, altere el orden de sus apellidos.

Teodoro y Casilda interponen recurso de casación. El recurso es estimado sobre la base de que no constituye un obstáculo legal insuperable para el cambio de apellidos el pretender unir un apellido (José María) a otro, puesto que la agregación de apellidos se encuentra expresamente contemplada en el artículo 206 RRC como instrumento legítimo de tal cambio. (T. R. C.)

**4. Menores de edad extranjeros no acompañados.– Vulneración del derecho del menor a preservar su identidad y estado civil (art. 8 de la Convención sobre los derechos del niño), vinculados a la fecha de su nacimiento, y del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), por dudarse de documentación extranjera no invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron y que no presenta signos de manipulación.–**El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad, no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, sin realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se cuestiona la fiabilidad de la documentación (SSTS, de Pleno, 453/2014, de 23 de septiembre, 507/2015, de 22 de septiembre, 720/2016, de 1 de diciembre, 307/2020, de 16 de julio, y 357/2021, de 24 de mayo, entre otras).

Las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta signos de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su minoría de edad (SSTS 307/2020, de 16 de junio, y 357/2021, de 24 de mayo). Cabe acudir a un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales para que se tenga a un menor como tal, porque su edad tiene trascendencia a la hora de fijar su identidad y estado civil, que constituyen un derecho básico de los niños, de acuerdo con el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño. No estimar fiables los documentos extranjeros de los que ni se acredita ni se afirma que sean falsos, irregulares o estén manipulados, y que no han sido impugnados, comporta una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), y es incompatible con el compromiso de respetar los derechos reconocidos en la Convención, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma o el origen nacional, étnico o social (art. 2.1 de la Convención). (STS de 20 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Un extranjero que no disponía de pasaporte, pero sí de acta de nacimiento, certificado judicial de nacimiento, tarjeta de identidad consular y certificado de identidad consular de Guinea, ini-

ció en 2018 un procedimiento de tutela de derechos fundamentales para que se reconociese la minoría de edad que se desprendía de tal documentación y, en consecuencia, fuera tutelado dentro del sistema de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de Madrid. Alegó que se había producido una vulneración de sus derechos por el decreto de edad dictado por el Ministerio Fiscal, que le atribuyó una fecha distinta de nacimiento, el año 1997, prescindiendo de aquella documentación que no había sido impugnada, en atención a su apariencia física y a las pruebas de determinación de la edad practicadas por las instituciones sanitarias de acuerdo con el art. 35.3 de la LO 4/2000. El Ministerio Fiscal se opuso alegando la falta de fiabilidad de los documentos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pronunciamiento que sería revocado por la Audiencia Provincial. El demandante presentó recurso de casación, al que no se opuso el Ministerio Fiscal, por infracción del artículo 35.3 de la LO 4/2000 y del artículo 190.2 del Real Decreto 557/2011, que lo desarrolla. El Tribunal Supremo estimó el recurso. (F. S. N.)

**5. Medidas de apoyo a personas con discapacidad y autocuratelya.**—Aunque el Código Civil admite que una persona haga disposiciones para el caso de su eventual discapacidad, incluida la designación de quién deberá prestarle apoyos, también se permite al Juez prescindir total o parcialmente de ellas cuando concurren circunstancias que lo justifiquen. Sin embargo, el debido respeto a la autonomía de la voluntad y al derecho de autodeterminación de las personas con discapacidad, que constituyen el núcleo de la Ley 8/2021, exige que esta decisión se justifique adecuadamente por la concurrencia de circunstancias graves desconocidas para quien las estableció o por la alteración de las causas que influyeron en las disposiciones. (**STS de 19 de octubre de 2021**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—X es madre de seis hijos, divididos en dos bloques enfrentados (A, B y C, de un lado, y D, E y F, de otro). Después de que el Ministerio Fiscal, a instancias del segundo bloque, iniciase un juicio especial para modificar su capacidad, la demandada otorgó testamento notarial abierto en el que dispuso que, en caso de necesitar asistencia, deseaba que esta fuera desempeñada por A, en su defecto por B y, en último término, por C, excluyendo expresamente a sus otros hijos y a cualquier asociación u organización pública o privada.

El Juzgado de Primera Instancia acordó modificar la capacidad de X y designó tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Tanto X como A, B y C interpusieron sendos recursos de alzada discutiendo, no ya la incapacitación, sino la designación de un tutor institucional. La Audiencia Provincial acordó revocar el nombramiento, pero, dado que los hijos están enfrentados, decidió constituir tutores mancomunados a un hijo de cada bloque (B y D). De nuevo, X y A, B y C interpusieron sendos recursos por infracción procesal sustentados en la falta de motivación, que fueron estimados por el Tribunal Supremo. Devueltas las actuaciones a la Audiencia Provincial, dictó un nuevo pronunciamiento sustancialmente igual al anterior.

Tanto X como A, B y C interponen recurso extraordinario por infracción procesal, de nuevo por falta de motivación. El Tribunal Supremo razona que, aunque el Juez puede alterar el orden o incluso prescindir de los designados por una persona como tutores/curadores para el caso de discapacidad, tal posibilidad solo se admite cuando las circunstancias lo justifiquen y la motivación sea suficiente, y concluye que la Audiencia Provincial de nuevo ha incumplido este deber. Asimismo, X y A, B y C también interponen recursos de casación por infracción de los artículos 234 CC y 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nuestro Alto Tribunal subraya la importancia que tiene la voluntad de las personas con discapacidad, sobre todo en la Ley 8/2021, y considera que no había causas legales para prescindir de las disposiciones hechas por X. Por tanto, dado que la Audiencia Provincial no ha motivado su decisión en dos ocasiones, el Tribunal Supremo asume la instancia y nombra a A curadora de X. Al mismo tiempo, la sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por F, que defendía una tutela institucional como la constituida en primera instancia, pues no hay razones para no dar prevalencia a la voluntad de la persona con discapacidad.

NOTA.—La Ley 8/2021 ha establecido un sistema que garantiza el respeto a los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, tal como recoge en su Exposición de Motivos y afirma la sentencia extractada (uniéndose a las SSTS 269/2021, de 6 de mayo, y 589/2021, de 8 de septiembre), lo que supone un avance más en la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, en el caso analizado la reforma no supone un cambio significativo: ya bajo la normativa anterior se contemplaba la posibilidad de otorgar disposiciones para el caso de una eventual discapacidad y la STS 504/2012, de 17 de julio, estableció que el Juez solo podía contrariarlas de forma excepcional y adecuadamente motivada, sin que la existencia de un mero conflicto entre hermanos sea razón suficiente para ignorar aquellas disposiciones si de él no se deriva un perjuicio al interés del progenitor con discapacidad (STS 635/2015, de 19 de noviembre). La principal diferencia es que bajo la antigua normativa la alteración se justificaba por el interés superior de la persona con discapacidad (STS 341/2014, de 1 de julio), mientras que actualmente la modificación de las disposiciones de autotutela se permite cuando, tras reconstruir la voluntad de la persona con discapacidad en función de circunstancias que desconocía o que han acontecido tras otorgarlas, resulte que no habría querido aquello que dispuso. (C. C. S.)

**6. Publicación de datos sobre solvencia en ficheros.**—El fichero de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), aunque procese datos que tienen relación con la solvencia, no es propiamente un registro de morosos de los regulados en los artículos 29.2 LO 15/1999 y 20 LO 3/2018. El fichero de la FIRBE recoge los riesgos asociados a personas y empresas (préstamos o créditos concedidos, avales prestados), sin necesidad de que se encuentren en mora. Es posible que contenga informaciones

sobre la existencia de incumplimientos de obligaciones dinerarias, cuando las mismas se hayan producido, pero no necesariamente toda persona cuyos datos personales se incluyen en tal fichero está asociada a informaciones sobre tales incumplimientos, basta con que sea prestataria, acreditada o fiadora en una operación. Conforme a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, la CIRBE es un servicio público que tiene por finalidad: 1) recabar de las entidades de crédito y otras entidades financieras, datos e informaciones sobre los riesgos de crédito derivados de contratos tales como préstamos, créditos, descuentos, emisiones de valores, contratos de garantía, compromisos relativos a instrumentos financieros, o cualquier otro tipo de negocio jurídico propio de su actividad financiera; 2) facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad; 3) permitir a las autoridades competentes para la supervisión prudencial de dichas entidades el adecuado ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección; 4) contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas. A tales efectos, tales entidades han de enviar periódicamente al CIRBE los datos sobre las operaciones de esa naturaleza que conciernen y las personas que directa o indirectamente resulten obligadas a ellas.

Las diferencias entre el fichero de la CIRBE y los ficheros de morosos son las siguientes: a) la comunicación de los datos a que se refiere el artículo 60.21 de la Ley 44/2002 al fichero de la CIRBE es una obligación legal, con un contenido fijado directamente por la ley y controlado por el Banco de España, que no puede ser eludida voluntariamente por las entidades de crédito, a diferencia de los ficheros de morosos, en los que no existe obligación legal alguna y los datos se ceden de forma voluntaria por las entidades de crédito o servicios; b) el artículo 61.2.º Ley 44/2002 reconoce solo a las entidades de crédito el derecho a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídicas registrados en el fichero de la CIRBE. Dicho derecho está condicionado a que la información solicitada venga referida a una persona que mantenga con la entidad solicitante algún tipo de riesgo o haya solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo, o figure como obligada al pago o garante en documentos cambiarios o de crédito. En los ficheros de solvencia patrimonial no existen estos condicionantes, por lo que la difusión de la información declarada es mayor. En consecuencia, la inclusión de los datos personales en el fichero de la CIRBE tiene para el afectado una repercusión menor que la inclusión en un fichero de titularidad privada.

En relación con la inclusión de datos personales denotativos de una situación de insolvencia en un fichero de morosos, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afecto, pues puede ocurrir que la deuda sea objeto de controversia, porque el titular de los datos considera legítimamente que no debe lo que se le reclama y la cuestión esté sometida a decisión judicial o arbitral. En tales casos, la decisión del acreedor de comunicar los datos personales del cliente a un fichero de morosos constituye, en principio, un método ilegítimo de presión y una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Ahora bien, esto no significa que sea necesaria una condena judicial como requisito previo para poder incluir los datos de un deudor en un fichero privado sobre solvencia patrimonial. Esta afirmación es aplicable, con más razón aún, a la comunicación de datos al fichero de la CIRBE. **(STS de 5 de octubre de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 26 de septiembre de 2007, M y CJ suscribieron con el banco FS un contrato de préstamo de financiación a comprador para la compra de un vehículo. Desde diciembre de 2010, los prestatarios no pudieron hacer frente al pago de las cuotas del préstamo, por lo que el 7 de junio de 2011, el banco financiador y los prestatarios acordaron la resolución del préstamo y la entrega y posterior venta del vehículo financiado. La entrega del vehículo no fue suficiente para cubrir el importe de las cantidades adeudadas por razón del préstamo. En octubre de 2011, FS comunicó a los prestatarios el importe que procedía a descontar tras la venta del vehículo y el nuevo cuadro de amortización. Pese a los requerimientos de pago hechos por FS, los deudores no pagaron las cantidades adeudadas por razón del préstamo. FS interpuso en 2014 una demanda en la que reclamó la cantidad adeudada tras la aplicación de la cantidad en que se valoró el vehículo entregado. Los demandados opusieron la existencia de una dación en pago por la entrega del vehículo. En una fecha no determinada, FS, tras requerir de pago a los prestatarios, comunicó a la CIRBE la existencia de un crédito vencido e impagado, en el que los deudores eran prestatarios. Los prestatarios interpusieron la demanda origen de este proceso el 18 de diciembre de 2017, de protección del honor contra FS, basada en que la comunicación del crédito como fallido a la CIRBE constituyó una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Solicitaron la cancelación de los datos incorporados al fichero CIRBE y la condena al pago de una indemnización.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, si bien su sentencia fue revocada posteriormente por la Audiencia Provincial. Ésta partió de la base de que el contrato de financiación fue incumplido por los prestatarios y que existía una deuda real, vencida y exigible, que debía constar en la CIRBE. Los demandantes interpusieron recurso de casación, alegando: 1) la infracción de la doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 18.4 CE; 2) la demandada no ha respetado el principio de calidad de los datos en su comunicación a la CIRBE.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Comienza afirmando que el hecho de que el importe del crédito fallido comunicado en su día por FS a la CIRBE fuera posteriormente minorado por la entrega al banco del vehículo por los prestatarios, no supone un incumplimiento sustancial del principio de calidad de los datos. Según el Tribunal Supremo, lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes, es que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente. En el presente caso, no existe duda alguna de que los prestatarios incumplieron el contrato de préstamo porque no pudieron hacer frente al pago de las cuotas del préstamo de financiación concertado para la adquisición del vehículo y que, pese a entregar el vehículo financiado al banco acreedor, el crédito no quedó saldado y continuó impagado.

Entiende el Tribunal Supremo que, en este caso, concurren circunstancias que excluyen la existencia de una actuación ilegítima porque: 1) los demandantes incumplieron el contrato de préstamo,

dejando de pagar las cuotas; 2) cuando el banco demandado comunicó al fichero de la CIRBE los datos personales de los demandantes, existía un crédito vencido y exigible que había resultado impagado por los demandantes y que constituía un riesgo que debía ser comunicado al fichero de la CIRBE.

NOTA.—Sobre las diferencias entre el fichero de la CIRBE y los registros de morosos, *vid.* las SSTS de 29 de enero de 2014 y de 1 de marzo de 2016. Y respecto a la inclusión de datos personales denotativos de una situación de insolvencia en un fichero de morosos, *vid.* la STS de 22 de diciembre de 2015. (S. L. M.)

**7. Daños derivados de la inclusión indebida en ficheros de morosos.**—La inclusión de dato en los registros de morosos es apta para producir los siguientes daños: 1) daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificable (ej.: el derivado de que el afectado hubiera tenido que pagar un mayor interés por conseguir financiación al estar incluidos sus datos personales en uno de estos registros); 2) daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios (puesto que este tipo de registros está destinado justamente a advertir a los operadores económicos de los incumplimientos de obligaciones dinerarias de las personas cuyos datos han sido incluidos en ellos); 3) daños derivados del desprestigio o deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión en el registro, cuya cuantificación ha de ser necesariamente estimativa.

Las indemnizaciones en estos casos no pueden tener carácter simbólico, pues lo contrario podría dar lugar a un efecto disuasorio inverso. No disuade a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos de persistir en sus prácticas ilícitas, pero sí disuade a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor de entablar una demanda, puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido, sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa. Los criterios a utilizar para fijar la indemnización son: a) la duración de la inclusión de los datos en el fichero de morosos; b) la comunicación de esos datos a diversas empresas asociadas al fichero; c) el resultado negativo de las gestiones realizadas por el afectado para obtener la cancelación de sus datos. Se considera irrelevante a estos efectos: a) la cuantía de la deuda; b) si la inclusión impidió realmente al afectado acceder a créditos o servicios. (STS de 14 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—J interpuso demanda contra Caja Rural SCC por su inclusión en un fichero de morosos. Solicitó: a) que se declarara que la demandada lo había incluido en un fichero de solvencia patrimonial incumpliendo los requisitos exigidos por la LOPD y que ello constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor; b) que se condenara a la demandada a cancelar la anotación, a indemnizarle por el daño moral y patrimonial, y a pagar los intereses devengados al tipo legal. Caja Rural SCC se opuso a la demanda, alegando que no se produjo tal intromisión porque se cumplieron todos los requisitos legales para la inclusión.

El Juez de Primera Instancia consideró que la inclusión de los datos del demandante en el fichero no respetó lo establecido por los artículos 38 y 39 RD 1720/2007, por lo que constituía una intromisión ilegítima que afectaba al derecho al honor del demandante, debiendo ser indemnizado en la cantidad de 8.000 euros. La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, reduciendo la indemnización en 2.000 euros. Señaló la Audiencia que no había acreditado el demandante perjuicio económico alguno, ni siquiera difuso, como consecuencia de su inclusión en el fichero, por lo que solo era indemnizable el daño moral. En cuanto a éste, quedó probado: a) que fueron al menos cinco empresas las que accedieron a los datos del demandante; b) que el tiempo en que el demandante permaneció en el registro ascendió a 16 meses; c) que se desconoce cuántas gestiones tuvo que hacer para solventar el problema, pero que, al tiempo de la interposición de la demanda, ya había sido dado de baja en el Registro.

El actor interpuso recurso de casación, por infracción del artículo 9.3 LOPDH y la jurisprudencia que lo interpreta. Según el Tribunal Supremo, ha quedado acreditado: 1) el perjuicio económico; 2) que los datos del demandante fueron consultados por siete entidades, no cinco; 3) que el actor precisó de la protección de los tribunales frente a la intromisión ilegítima en su derecho al honor por parte de Caja Rural SCC. En definitiva, apunta el Tribunal Supremo que la indemnización fijada por la Audiencia Provincial, que reduce de forma significativa la establecida por la sentencia de primera instancia, no se ajusta a lo previsto en el artículo 9.3 LOPDH, dado que la disminuye sin apreciar y valorar adecuadamente las circunstancias relevantes del caso, convirtiendo de forma injustificada una indemnización de justo contenido reparador en una indemnización meramente simbólica. Por tanto, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, confirmando la existencia de la infracción denunciada.

NOTA.—Sobre el perjuicio ocasionado por la inclusión de personas en registros de morosos, *vid.* las SSTs de 7 de noviembre de 2018 y 26 de abril de 2017. Respecto a los efectos negativos de establecer indemnizaciones simbólicas en estos casos, *vid.* las SSTs de 21 de septiembre de 2017, 21 de junio de 2018, 6 de noviembre de 2018, 23 de abril de 2019, 27 de febrero de 2020 y de 9 de septiembre de 2021. (S. L. M.)

**8. Conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión en el marco del derecho a la defensa.**—La acusación de que un juez y un letrado de la administración de justicia han podido cometer los delitos tipificados en los artículos 413 y 416 CP contenida en un escrito de queja ante el CGPJ no es considerada una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, puesto que dicha imputación se enmarcaba en el derecho de defensa del demandado, tenía una base fáctica y no contenía expresiones vejatorias ni excesivas. Tal como cree la Sala, el derecho a la libertad de expresión ejercido en el marco del derecho a la defensa tiene una vital importancia. Ambos derechos están indefectiblemente conectados pues el segundo no tiene una



efectividad real sin el primero. Así pues, la libertad de expresión en este caso es especialmente resistente, por lo que los abogados pueden emplear expresiones de mayor beligerancia. No obstante, todo derecho es limitado y las expresiones que se usen deben ser proporcionadas, respetuosas con la dignidad del Poder Judicial y no deben resultar ofensivas o insultantes. De cualquier modo, debe admitirse, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, que los jueces en el ejercicio de sus funciones pueden ser objeto de críticas más severas que las del resto de individuos, siempre que estas no sean gratuitas, es decir, que tengan una base fáctica y se dirijan a lograr la tutela solicitada. (STS de 19 de octubre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El 21 de marzo de 2016 tuvo entrada en el CGPJ un escrito de queja y denuncia formulado por el demandado Alejo en el que ponía de manifiesto las graves dilaciones en la tramitación de sendos recursos de apelación en las que habían incurrido los demandantes, Abel y Ángel Jesús. Uno de ellos había estado extrañado durante varios años. En este escrito Alejo afirmó que los demandantes en el posterior proceso, juez y letrado de la administración de justicia respectivamente, habían ocultado e, incluso, destruido los recursos, lo cual podría ser constitutivo de los delitos tipificados en los artículos 413 y 416 CP.

Abel y Ángel Jesús, considerando estas acusaciones como un ataque a su derecho al honor interpusieron una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarragona, que la estimó en parte. No obstante, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el demandado revocando dicha sentencia.

NOTA.—La interrelación entre el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la defensa y el honor de los individuos ha sido ya objeto de numerosas sentencias. *Vid.* las SSTEDH de 15 de diciembre de 2015 (*Bono c. Francia*), 28 de junio de 2016 (*Radbuljac c. Croacia*) y 12 de febrero de 2019 (*Pais Pires de Lima c. Portugal*). Igualmente, *vid.* STC de 19 de octubre de 2020, y las SSTS de 25 de febrero de 2013 y 21 de septiembre de 2015. (*J. F.–L. M.*)

**9. Derechos fundamentales. Colisión entre el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y libertad de expresión e información. Juicio de ponderación entre ambos derechos: significado.**—Como todos los derechos fundamentales, ni el derecho a la propia imagen ni las libertades de información y expresión son derechos absolutos, razón por la cual, cuando entran en colisión entre sí, es necesario un juicio de ponderación adecuado a las circunstancias del caso y a los criterios de la LO 1/1982 según su interpretación jurisprudencial para determinar cuál de ellos debe prevalecer. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

**Contenido del juicio de ponderación: condiciones para la prevalencia del interés público de la información sobre el derecho a la imagen de**

**la persona.**—Tal como se afirmó en la STS 252/2021, de 4 de mayo, partiendo de la autonomía del derecho a la propia imagen, 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, y en este sentido, la doctrina jurisprudencial también 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 de la Constitución.

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 (en este sentido, la STS 384/2020, de 1 de julio). En cuanto al requisito de la veracidad, solo 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 (STS 518/2012, y STS 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).

**Utilización de fotografía correspondiente a la ficha policial del actor. Prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen.**—La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990). Desde el punto de vista del peso abstracto de los derechos fundamentales que entran en colisión, el derecho a la información y el derecho a la propia imagen, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el primero sobre el segundo y que, además, alcanza su máximo nivel de libertad cuando, como ocurre en el presente caso, es ejercitado por los profesionales de la información, a través de la prensa. Por su parte, desde el punto de vista de su peso relativo la prevalencia en el caso del derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen se pone de manifiesto en que el artículo en el que aparecía la fotografía litigiosa ofrecía información sobre un tema de un incuestionable interés periodístico y, también, que el hecho de que, más que informar en sí sobre la «Trama Gurtel», se viniera a informar sobre un libro que trataba de la misma, o incluso a promocionar este, no privaba de interés público a la información ofrecida. Además, el artículo no era excesivo ni tendencioso.

Antes bien, la información periodística no solo estaba reseñando un libro sobre dicha trama en el que, además, se contenía dicha fotografía, sino también mencionaba varios episodios de aquella en los que se refiere al demandante como su «cabecilla».

**Carácter reservado de la fotografía de la ficha policial. Su utilización constituye una intromisión en el derecho a la propia imagen, que no puede considerarse ilegítima cuando es utilizada para ilustrar una información de indudable interés público.**—La fotografía objeto del conflicto fue utilizada, antes de la publicación litigiosa, por numerosos medios de comunicación, en la casi totalidad de los casos, para ilustrar artículos sobre la «Trama Gürtel», por lo que resulta razonable afirmar que esta era de conocimiento general antes de que fuera publicada por el medio demandado. Es evidente que las imágenes que se toman a consecuencia de la detención de una persona tienen un carácter reservado. Pero lo que se juzga no es, precisamente, el carácter reservado de la ficha policial del actor (que no negamos), ni la improcedencia de su filtración (censurable e improcedente, sin duda) ni sus consecuentes responsabilidades (por lo que el recurrente asevera, de alguna forma, ya depuradas), sino la intromisión en su derecho a la propia imagen y la prevalencia de este, dadas las circunstancias del caso, sobre el derecho de información, lo que no cabe decidir afirmativamente por la simple razón de que la imagen de aquel objeto de publicación fuese la de su ficha policial, pues, si así fuese, convertiríamos el derecho a la propia imagen, aunque solo fuera en estos casos, en un derecho absoluto, lo que, como ya hemos dicho, no es. Por lo que cabe concluir que la publicación de la fotografía de la ficha policial constituyó una intromisión en su derecho a la propia imagen que no puede considerarse ilegítima, en tanto estuvo justificada por el derecho de información que, en el caso, resultó prevalente. (STS de 27 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El actor interpuso una demanda de protección al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, al amparo de la LO 1/1982, contra TCE, S. L. como entidad editora del diario digital «El Confidencial», medio que había publicado en noviembre de 2015 una noticia relativa a la denominada «Trama Gürtel», en la que se insertaba una foto del actor correspondiente a la ficha policial que se le abrió cuando fue detenido por esta causa; y también se aludía a un libro publicado en aquellas fechas sobre la referida trama, en el que igualmente se contenía la misma foto de la ficha policial que era objeto de publicación en el medio indicado. El demandante consideró que la publicación de esta foto constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad personal y propia imagen, que no quedaba amparada por el ejercicio de la también fundamental libertad de información. El Juzgado de Primera Instancia consideró que, efectivamente, había una intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen del actor, pero consideró que existían razones justificadas para otorgar una mayor prevalencia a la libertad de expresión y de información ejercida por el medio de comunicación demandado. La Audiencia Provincial de Cádiz estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó a la empresa editora al pago de una indemnización de 2.000 € por daños morales. La razón principal radicaba en que, ilustrar una noticia relativa a la publicación de un libro sobre la «Trama Gürtel» con una foto de la ficha policial de uno de los participantes en la misma, excedía del legítimo ejercicio de la libertad de información, cuando era posible y fácil utilizar cualquier otra imagen, sin que el hecho de que esa misma foto se hubiera publicado con anterioridad en otros muchos

medios de comunicación y, por tanto, no fuese novedosa, convirtiéndose su uso en algo lícito. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada. (L. A. G. D.)

#### **10. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.**

**Elementos.**—La preminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión sobre el derecho al honor se apoya en dos presupuestos esenciales (STS 438/2020, de 17 de julio): 1) «El interés general que despierta la materia sobre la que versa la opinión emitida o el carácter público de la persona o personas contra las que se dirige la crítica»; y 2) La proporcionalidad de las palabras empleadas, pues no están amparadas por este derecho las expresiones «indudablemente injuriosas o que incurran en el menosprecio personal, la vejación injustificada o el insulto».

**Juicio de ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Concepto de proyección pública.**—En lo que respecta al concepto de proyección pública (STS 1148/1997, de 17 de diciembre de 2017), la doctrina del Alto Tribunal recoge que la misma se reconoce por diversas razones: «por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.». Asimismo, se indica que la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor queda reforzada en contextos de contienda o conflicto, ya sea de naturaleza política, laboral, sindical o de otra índole (SSTS 450/2017, de 13 de julio y 157/2020, de 6 de marzo). En el caso enjuiciado, el Tribunal considera que concurre el presupuesto del interés general, en tanto que los comentarios de la web pretenden alertar sobre unas determinadas prácticas de venta a domicilio que ha generado una gran alarma social y que pueden resultar de interés para cualquier consumidor.

**Juicio de ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Proporcionalidad.**—En cuanto a la proporcionalidad de los comentarios vertidos, la Sala reconoce que, a pesar de que estos pueden considerarse «altamente descalificatorios», no puede admitirse que tengan como objetivo desacreditar a las recurrentes de forma arbitraria y gratuita. El Tribunal Supremo reconoce que los comentarios son «inadecuados y ofensivos en sí mismos atendiendo a su sentido literal», pero defiende que su carácter e intención injuriosa disminuye si se pone en relación con el contexto en el que se desarrollan, que no es otro que el descontento respecto de unas determinadas prácticas que los autores de los comentarios consideran inmorales.

**Diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información.**—De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio y 438/2020, de 17 de julio), la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) CE se diferencia de la libertad de información en que, a diferencia de esta segunda, la primera no abarca la comunicación de hechos veraces. Por ello, la libertad de expresión es un derecho más amplio, que ampara «la emisión de juicios, creencias y opiniones de carácter personal», incluyendo el derecho a la crítica, aunque esta pueda considerarse agria y desagradable.

**Derecho al honor de las personas jurídicas.**—La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 534/2016, de 14 de septiembre, 35/2017, de 19 de enero y 51/202, de 22 de enero) afirma que las personas jurídicas también son titulares del derecho al honor y que este no se relaciona únicamente con su prestigio profesional, sino que también incluye protección «en cuanto a su aspecto exte-

rior, de trascendencia o valoración social». Sin embargo, esta misma jurisprudencia sostiene que la protección del derecho al honor de la persona jurídica es menos intensa que la de la persona física. (STS de 14 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Deepdy LTD es titular de una web en la que se identifica un número de teléfono como perteneciente a Iberhome 2015 S. L. y en la que ciertos usuarios están expresando su descontento con las prácticas de venta a domicilio practicadas por ésta. Bennu Agmc S. L. y Iberhome 2015 S. L. interpusieron demanda contra Deepdy LTD por intromisión ilegítima en su derecho al honor, calificando los comentarios alojados en la web como «gravemente injuriosos» para su reputación y buen nombre. La demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación, por lo que las demandantes recurrieron en casación alegando que el juicio de ponderación realizado se oponía a la jurisprudencia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (M. S. G.)

**11. Derecho de rectificación de las informaciones publicadas en medios de comunicación.**—El derecho de rectificación contemplado en la LO 2/1984 no ampara aquellas peticiones dirigidas a censurar una opinión periodística emitida en el ejercicio de la libertad de expresión del periodista instándole a publicar los datos que este ya conocía o podía haber conocido y que no incluyó voluntariamente. El derecho de rectificación no es un derecho de réplica dirigido a rebatir opiniones. (STS de 20 de octubre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 12 de noviembre de 2017 se publicó en el diario El País un extenso artículo titulado *Una semana en la burbuja de TV3*. En él, el periodista relataba su valoración personal acerca del contenido informativo del canal público de Cataluña donde se lamentaba de lo sesgado de su programación tendente al independentismo. Cinco días más tarde, Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S. A., gestora del canal TV3, remitió una solicitud de rectificación a El País que fue ignorada, razón por la que interpuso una acción de rectificación.

De acuerdo con el artículo 2 LO 2/1984, la rectificación debe limitarse a hechos objetivos, nunca opiniones o juicios de valor, y su objetivo debe consistir en su rectificación, de modo que el solicitante pueda dar su versión de los hechos, no debe tratarse de una mera réplica o contraargumentación de lo publicado. Aunque el artículo en liza se sustentase con ciertos hechos, este era eminentemente un artículo subjetivo de opinión. Por su lado, el escrito de rectificación reprochaba la omisión de ciertos datos que demostrarían lo contrario de lo pretendido por el periodista. Así pues, lo que la demandante realmente pretendía era que el medio publicase nuevos datos que desvirtuasen la opinión del periodista. Estos datos eran públicos y accesibles para cualquier lector que quiera formarse su opinión. En definitiva, la demandante pretendía rebatir la opinión del autor. (J. F.—L. M.)

**12. Examen de la posibilidad de considerar el Sahara Occidental como «España» a los efectos de declarar españoles de origen a los saharauis nacidos en este territorio antes de la descolonización de 1976.**—La doctrina jurisprudencial aplicable es la fijada por la STS de Pleno 207/2020, de 29 de mayo. Esta sentencia del Pleno afirmaba que la sentencia de la Sala Tercera del Alto Tribunal, de 7 de noviembre de 1999, distingue entre territorio español y territorio nacional para concluir que «Guinea, Ifni y Sáhara eran territorios españoles que no formaban parte del territorio nacional», de modo que su «provincialización» habría constituido «un perfeccionamiento del Régimen colonial».

A la anterior distinción cabría ciertamente oponer que dentro del propio artículo 17 CC, la expresión «territorio español» aparece como equivalente a «España».

Ante esta situación, lo más apropiado es atenerse a la normativa española más específica sobre la materia. Esta normativa es la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara, y el RD 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara.

Mediante el artículo único de dicha ley se autorizaba al gobierno «para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles». Por su parte, su preámbulo, tras constatar que el territorio no autónomo del Sáhara había estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial, declaraba rotundamente que el Sáhara «nunca ha formado parte del territorio nacional». El citado RD 2258/1976, por su parte, arbitraba el sistema para que los naturales del Sahara que cumplieran determinados requisitos pudieran optar por la nacionalidad española en el plazo máximo de un año.

En consecuencia, cualquiera que sea la opinión que merezca esa normativa específica y cualquiera que sea la opinión sobre la actuación de España como potencia colonizadora a lo largo de toda su presencia en el Sahara Occidental, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara —algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de «provincialización»— y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el artículo 17.1.c) CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en este territorio durante la etapa en que fue colonia española.

La sentencia 444/2020, de 20 de julio, aplicó esa misma doctrina jurisprudencial y declaró que no procedía reconocer la nacionalidad española de origen a los nacidos en Guinea durante el tiempo en que fue colonia española, toda vez que «sería un contrasentido negarlo (la condición de español) para el Sahara y reconocerlo para Guinea». (STS de 7 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Román nace en Aaiún, Sahara Occidental, en 1973, de padres también nacidos en el Sahara Occidental. Promueve expediente gubernativo solicitando la declaración de su nacionalidad española de origen, por haber nacido en territorio del Sahara Occidental antes de 1976. La juez encargada del Registro estima dicha petición, por lo que, mediante auto de 22 de abril de 2010, declara que Román ostenta *iure soli* la nacionalidad española de origen conforme al artículo 17.3 CC, según redacción dada por la Ley 51/1982,

de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 CC, en vigor el 19 de agosto de 1982.

El motivo de la estimación de la petición fue la consideración de que Román reunía los requisitos que venía exigiendo la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) a partir de la sentencia de la Sala de la Civil del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998, al no haber podido optar por la nacionalidad española en el plazo de un año, según lo estipulado por Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara. Por tanto, la juez estimó que, en tal situación, lo procedente era aplicar retroactivamente al caso el artículo 17.3 CC según la Ley 51/1982, dado que la norma pretendía evitar casos de apatridia y «dar un sentido amplio a la expresión “nacidos en España”, es decir, como territorio español, no como territorio nacional».

Mediante solicitud de cooperación judicial, la juez solicitó al Registro Civil Central la inscripción del nacimiento fuera de plazo de Román o, en su defecto, la anotación del nacimiento por haberse reconocido la nacionalidad española. El magistrado-juez encargado del Registro Civil Central acordó «denegar la inscripción del nacimiento con marginal de nacionalidad española», al entender que no se habían acreditado aspectos esenciales del hecho inscribible (filiación, fecha y lugar de nacimiento) y que el auto de 22 de abril de 2010 había «aplicado de manera errónea el art. 17.3 del Código Civil».

Contra dicha resolución, Román interpuso recurso alegando que la nacionalidad española era la única que había ostentado desde su nacimiento y durante el tiempo en que el Estado español había ejercido su tutela sobre el Sahara Occidental, y que, cuando esta situación finalizó, le había sido imposible ejercer el derecho de opción contemplado en el referido Real Decreto 2258/1976. Por todo ello, entendía que lo procedente era aplicar retroactivamente el referido artículo 17.3 CC.

El 4 de septiembre de 2014, la DGRN acordó estimar parcialmente el recurso y practicar anotación soporte de nacimiento y anotación de nacionalidad.

El 2 de marzo de 2018, Román interpone demanda contra la DGRN, en la que solicita se declare que ostenta la nacionalidad española de origen desde su nacimiento por haber nacido en España, y su correspondiente inscripción en el Registro Central. La DGRN se opuso a la demanda.

La demanda es estimada, dado que: (i) los naturales del Sahara Occidental eran apátridas, lo que abría la posibilidad de reconocerles la nacionalidad española de origen con base en el artículo 17.1.c) CC si se concluía que el Sahara Occidental era España a los efectos de dicho precepto; (ii) a diferencia de sus padres, que nacieron en lo que entonces era una colonia española, Román nació en el Sahara en 1973, fecha en la que este territorio era provincia española y, por tanto, España; y (iii) en consecuencia, se daban todos los requisitos para declarar con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de Román con base en dicho precepto, al ser apátrida y haber nacido en 1973 en España «de padres

extranjeros (saharauisc coloniales), los cuales no han podido atribuir a su hijo una nacionalidad».

La DGRN recurre en apelación, alegando que no procedía aplicar al caso el artículo 17.1.c) CC, al no concurrir el requisito de que el demandante hubiera nacido en España, dado que por entonces el Sahara Occidental era territorio español, pero no territorio nacional. El recurso es desestimado.

La DGRN interpone recurso de casación, fundado en la infracción del artículo 17.1, c, CC. El recurso es estimado. (T. R. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**13. El contrato de permuta de suelo por obra futura.**—El contrato de permuta de suelo por obra futura es un contrato que alberga múltiples relaciones jurídicas (compraventa, permuta y arrendamiento de obra). Ello no implica que se trate de varios contratos, sino de varias figuras contractuales que, coordinadamente, dan lugar a un único contrato complejo. A diferencia del contrato de permuta de bienes que existen y están determinados desde su celebración, en éste la parte cedente del terreno solo ostenta un derecho de crédito frente al adquirente del solar, que le faculta para exigir a éste último que cumpla el compromiso asumido de edificar, de modo que no será hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión para el cedente del suelo, como justa contraprestación.

**La eficacia frente a terceros de la condición resolutoria pactada en un contrato de permuta de suelo por obra futura en garantía de los derechos del cedente.**—El cumplimiento de una condición resolutoria inscrita tiene dos efectos fundamentales: 1) la reinscripción a favor del transmitente; 2) la cancelación de los asientos posteriores, sin necesidad del consentimiento de sus titulares. Inscrita la condición, los derechos de los terceros adquirentes, incluso estando inscritos o anotados, quedan subordinados al eventual incumplimiento de la obligación de satisfacer la contraprestación que corresponde al adquirente en virtud del contrato en que se estableció la condición resolutoria. La resolución produce sus efectos *ex tunc*, lo que significa que la resolución del dominio o derecho real adquirido por el comprador o adquirente determina la resolución de los derechos constituidos sobre la cosa que traigan causa en ese dominio o derecho resuelto. Además, la eficacia frente a terceros de la condición inscrita exige también que los titulares de los correspondientes derechos inscritos o anotados hayan tenido ocasión de intervenir en el procedimiento judicial para alegar cuanto interese a sus derechos, salvo que se haya practicado anotación preventiva de la demanda presentada para obtener la declaración judicial de resolución y la cancelación de los asientos posteriores.

La inscripción de las condiciones resolutorias es posible conforme a los artículos 9.2.º y 11 LH y 51.6.º RH. Durante la pendencia, el nuevo titular registral adquiere el derecho inscrito sujeto a la condición y conservando el transmitente la expectativa de resolver el contrato con efectos frente a terceros en el caso de cumplirse la condición. En el caso de que los contratantes, al amparo del artículo 11 LH, atribuyan a la falta de pago el carácter de



condición resolutoria explícita, entonces su inscripción en el Registro provoca su plena oponibilidad frente a terceros adquirentes. Esta eficacia real le otorga preferencia registral sobre los derechos inscritos o anotados con posterioridad (arts. 17 y 107.10 LH). Ahora bien, los efectos de oponibilidad y legitimación de los derechos inscritos estarían delimitados por los términos en que consten en el Registro (arts.13.I y 38.I LH). Así, si se pacta como condición resolutoria el incumplimiento de la obligación de entrega del cesionario, deberá especificarse claramente en el título inscribible y en la inscripción, como garantía básica de los titulares de derechos posteriores, los concretos inmuebles (viviendas, locales) que han de entregarse al cedente, con sus características esenciales (superficie, ubicación, linderos, anejos) que permita su identificación indubitada. Solo de esta manera los eventuales terceros adquirentes de derechos podrán conocer la extensión de los derechos inscritos.

Por otro lado, la inscripción de la condición resolutoria deberá especificar el plazo pactado para el cumplimiento de la obligación de construcción y entrega de los inmuebles. Las obligaciones sujetas a un plazo tienen su eficacia suspendida durante el lapso de tiempo que media entre la celebración del contrato y la llegada del término. En consecuencia, antes de la llegada del término, la obligación a plazo no puede entenderse todavía incumplida y, por tanto, tampoco cabría apreciar en tal caso el cumplimiento de la condición ni producido su efecto resolutorio. Esto también a los titulares de derechos sobre los inmuebles gravados con la condición resolutoria, cuya suerte depende de las vicisitudes de la obligación garantizada. Si bien con carácter general las acciones resolutorias no producen efecto frente al tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, el artículo 37.1.º LH exceptúa de esta regla a las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.

**El retraso desleal en el ejercicio del derecho.**—Según el artículo 7.1 CC, los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Dicho precepto comporta determinar lo que debe entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho. El retraso desleal exige dos requisitos: 1) que el derecho no sea ejercido durante un largo tiempo; 2) que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor de que el titular del derecho no lo ejercería.

**Consecuencias del retraso en el cumplimiento de una obligación.**—El mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin perseguido por el contrato. No en todo caso puede equipararse al incumplimiento. La situación de retraso en el cumplimiento no necesariamente da lugar a la resolución. Para que así ocurra, debe producirse alguno de los siguientes supuestos: a) que así se haya pactado; b) que el incumplimiento sea de tal entidad, grave y esencial, como para producir la insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo, frustrando la finalidad del contrato. Este último caso exige que se aprecie en quien insta la resolución un interés jurídicamente atendible. (**STS de 21 de septiembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

**HECHOS.**—El 17 de diciembre de 2003, las demandantes AN y AM y la entidad demandada PLG formalizaron en escritura pública un contrato de permuta de solar por obra futura. En virtud del mismo, las actoras entregaron a PLG la propiedad de un solar. Como contraprestación, la cesionaria se obligaba: a) a construir a

su costa sobre la finca cedida un edificio de viviendas, locales comerciales y plazas de garaje; b) a entregar a las cedentes libres de cargas y gravámenes el pleno dominio de dos locales comerciales, dos viviendas y dos plazas de garaje en el edificio proyectado. El plazo para ejecutar la obra y entregar las fincas a las demandadas se fijó en dos años desde el día de la obtención de la oportuna licencia de obras, que la cesionaria se obligaba a solicitar al ayuntamiento dentro de los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura pública. El contrato incluía una estipulación que establecía que la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad PLG daría lugar a la resolución de pleno derecho del contrato de cesión, quedando en favor de las cedentes cuantas obras existieran en el solar cedido, como indemnización por daños y perjuicios.

El 22 de septiembre de 2005, PLG otorgó escritura pública de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal del inmueble, y en cada una de las fincas registrales resultantes se inscribió la condición resolutoria pactada a favor de las demandantes.

El 27 de septiembre de 2005, las partes otorgaron contrato privado en el que, tras exponer que la licencia de obras se había obtenido el 9 de agosto de 2005, acordaron fijar un nuevo plazo para la entrega de la contraprestación: dos años a contar desde la firma del Acta de Replanteo del Edificio. No obstante, se pactó: 1) que si transcurridos treinta días desde la firma del documento, dicho Acta no hubiese sido firmada, en esa misma fecha se entendería iniciado el plazo para la entrega mencionada; 2) que si llegado el plazo máximo para la entrega sin que mediaran causas de fuerza mayor dicha entrega no se hubiera realizado, PLG vendría obligada al pago de trescientos euros por cada día de retraso que transcurriera hasta la entrega de los bienes marcados como pago de la permuta. El 28 de septiembre de 2006, en un nuevo contrato privado las partes acordaron fijar como nueva fecha máxima de entrega de la contraprestación el día 29 de julio de 2008. Incluyeron la pena convencional antes señalada y, además, dispusieron que, acumulado un año de retraso sin haberse realizado la entrega, las actoras podrían optar entre conceder nueva prórroga de seis meses, en los que se mantendría la penalización fijada, o acogerse a la condición resolutoria establecida en la escritura de permuta. El 15 de octubre de 2008, PLG remitió un burofax a las demandantes informando de que en el plazo de un mes procedería a la entrega de las viviendas, los locales y las plazas de garaje. El 19 de julio de 2011, las demandantes otorgaron acta notarial de requerimiento a PLG, al no haberse procedido a la entrega de la contraprestación pactada, para dar por resuelto el contrato con los efectos inherentes en derecho. Con posterioridad a la inscripción de la condición resolutoria pactada en el contrato de permuta, constan diversas inscripciones de hipotecas y anotaciones preventivas de embargo a favor de los codemandados.

AN y AM interpusieron demanda el 18 de marzo de 2013 contra PLG, solicitando que: 1) se declarase la resolución de la permuta; 2) se acordase la cancelación registral de las inscripciones posteriores y la adjudicación de las fincas resultantes de tal división horizontal a favor de las actoras; 3) la condena a la demandada a entregar a las actoras la posesión de todo lo edificado sobre la parcela propiedad

de ésta. Posteriormente, las actoras ampliaron la demanda frente a los titulares de diferentes derechos inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad cuya cancelación se interesaba.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró resuelto el contrato de permuta al apreciar el incumplimiento contractual de la obligación de entrega que recaía sobre PLG. Estimó que los contratos privados posteriores al de permuta que modificaron la fecha límite de entrega lo único que hicieron fue conceder un plazo adicional a la demandada para cumplir su contraprestación, pero eso no hacía irresoluble el contrato si el incumplimiento persistía. El juzgado concedió la indemnización de daños y perjuicios, consistente, tal como se estableció en el contrato, en la cesión de las obras existentes en el solar cedido. En cuanto a los efectos de la resolución frente a terceros, negó que la condición resolutoria les fuera oponible, pues ello solo era posible en la medida en que se hubiese ejercitado en el plazo conferido al respecto (transcurridos dos años desde la obtención de la licencia de obras), algo que aquí no ocurrió. Por tanto, la sentencia declaró que no procedía acordar la cancelación de los asientos registrales posteriores a la inscripción de la condición resolutoria.

Las actoras interpusieron recurso de apelación. La Audiencia estimó el recurso exclusivamente en lo relativo a la condena en costas, pero lo desestimó en lo demás. Argumentó, entre otras cosas, que las modificaciones habidas en los contratos privados no debían perjudicar a terceros. Los dos argumentos que manejaron el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial para desestimar la pretensión de cancelación de esas inscripciones y anotaciones posteriores, fueron: 1) la falta de efectos frente a terceros de la condición resolutoria, por no haberse inscrito la prórroga del plazo para el cumplimiento de la obligación de entrega de los inmuebles; 2) el ejercicio tardío del derecho de resolución, al haberse presentado la demanda en 2013, varios años después de que venciera el plazo para el cumplimiento de la obligación de la cesionaria.

Las demandantes interpusieron recurso de casación. Alegaron la infracción de los artículos 9.2, 11, 34.I, 37 y 107.10 LH. En particular, argumentaron que: a) la condición resolutoria es expresa y de plenos efectos frente a terceros al estar inscrita en el Registro; b) los contratos privados eran meramente modificativos y solo afectaban al plazo de cumplimiento de la contraprestación de la cesionaria del solar; c) la actuación de las actoras, a través de los pactos de prórroga de los plazos de entrega y la no presentación de la demanda de forma inmediata al vencimiento de aquellos plazos, respondía al principio de conservación del negocio jurídico, sin que pueda ser tachada de retraso desleal en el ejercicio de los derechos.

El Tribunal Supremo parte del hecho de que la condición resolutoria se hizo constar en la inscripción de todas las fincas registrales resultantes de la inscripción de la división horizontal del edificio. A su juicio, el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial yerran, al no extraer rectamente las consecuencias derivadas del pacto de extensión del plazo de entrega. El hecho de que esta prórroga no se hiciese constar en el Registro, lo que determina es que tal ampliación no afectaba ni podía perjudicar a los terceros inscritos,

para los cuales solo resultaba oponible la condición resolutoria en los términos en que constaba inscrita al tiempo en que inscribieron o anotaron sus respectivos derechos. Lo que significa que la resolución que les podía perjudicar era la concretada en la inscripción registral de la condición resolutoria. La eventual acción resolutoria nunca les podría afectar antes del término pactado para el cumplimiento de la obligación que constaba en el Registro (dos años desde la obtención de la licencia de obras). Entiende el Tribunal Supremo que, puesto que el requerimiento extrajudicial para dar por resuelto el contrato de permuta se produjo el 19 de julio de 2011 y la demanda se interpuso el 18 de marzo de 2013, el derecho resolutorio de las demandantes no se ejercitó en términos distintos de los previstos en el Registro, pues de éste lo que resultaba (y en lo que podían confiar los terceros) es que dicho derecho no podía ejercitarse, en su perjuicio, sino transcurridos dos años desde la obtención de la licencia de obras.

Según el Alto Tribunal, como consecuencia de la ampliación del plazo pactado, las cedentes del suelo no podían ejercer la acción resolutoria antes del vencimiento del nuevo plazo pactado. Sin embargo, esto no afectaba a los terceros, que ni veían menoscabado su derecho por ello (al contrario, se reducía el riesgo del incumplimiento de la obligación y, por tanto, de la pérdida de sus derechos por resolución del derecho del cesionario), ni entre sus derechos figuraba el de no verse afectados por el ejercicio de un derecho resolutorio no prescrito ni caducado (tomando en consideración como término inicial del cómputo el día en que la acción pudo ejercitarse conforme al Registro).

La segunda cuestión a la que se enfrenta el Tribunal Supremo es determinar si, a consecuencia de esa ampliación, y la consiguiente postergación temporal de la presentación de la demanda, pudieron incurrir o no las demandantes en un retraso desleal en el ejercicio de sus derechos. El Tribunal Supremo parte de las siguientes consideraciones: a) la inscripción de la condición resolutoria estaba vigente en las fechas en que se inscribieron los derechos inscritos y anotados de cuya cancelación se trata; b) ni en la escritura de permuta ni en ninguno de los dos contratos privados posteriores en que se modificó el plazo para el cumplimiento de la obligación se pactó un plazo de caducidad convencional de la condición resolutoria; c) tomando en cuenta exclusivamente el plazo que constaba en el Registro, la acción resolutoria no estaba prescrita, al no haber transcurrido el plazo genérico de prescripción para las acciones personales del artículo 1964 CC.

Según el Tribunal Supremo, no concurren los presupuestos necesarios para apreciar retraso desleal en el ejercicio del derecho. Así, estima el recurso de casación y las pretensiones de las actoras, incluida la pretensión de cancelación registral de las inscripciones y anotaciones posteriores a la condición resolutoria, en cuanto a las fincas inscritas a favor de PLG, quedando vigentes las inscripciones referidas a la obra nueva y división horizontal, y las que pudieran ser anteriores o preferentes a la inscripción de la condición.

NOTA.—Sobre las cuestiones planteadas en esta sentencia se ha pronunciado varias ocasiones el Tribunal Supremo: a) el contrato de permuta de suelo por obra futura (SSTS de 2 de diciembre de 2011,

de 14 de febrero de 2011 y de 25 de abril de 2007); b) los efectos de la resolución contractual *inter partes* (SSTS de 17 de junio de 1986, 11 de octubre de 1995 y 21 de junio de 2002); c) los efectos de la inscripción de condiciones resolutorias en el Registro (SSTS de 11 de julio de 1995, 21 de junio de 2002 y 15 de octubre de 2010); d) el retraso desleal en el ejercicio de derechos (SSTS de 12 de diciembre de 2011 y 3 de diciembre de 2010); e) la falta de equiparación del mero retraso en el pago al incumplimiento (SSTS de 12 de abril de 2011, 1 de abril de 2014, 3 de diciembre de 2008 y 5 de abril de 2006). (S. L. M.)

**14. Conceptos de consumidor y usuario final.**—La sentencia recurrida establece una dicotomía entre las figuras de consumidor y destinatario final que le lleva a concluir que la normativa sobre el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y las compraventas fuera de los establecimientos mercantiles contenida en el TRLGDCU es aplicable a los destinatarios finales, aunque no sean consumidores. Ninguna de tales premisas es correcta. Ni existe diferencia legislativa entre los conceptos de consumidor y usuario final, ni la legislación tuitiva sobre los contratos a distancia y los contratos fuera del establecimiento mercantil está prevista para no consumidores. La LGDCU 1984 consideraba como tales a quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. Posteriormente, el artículo 3 TRLGDCU matizó tal concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Ambas definiciones, que no son excluyentes, puesto que giran alrededor del criterio negativo de la actividad profesional o empresarial, deben ser interpretadas a la luz de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y su aplicación por el TJUE. Ya desde la LGDCU 1984, se ha ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro. En el caso que nos ocupa, la compradora es una sociedad mercantil que adquirió la máquina para emplearla en su actividad empresarial o profesional (una clínica veterinaria) y en cuanto que tal sociedad mercantil empresaria hay que presumirle el ánimo de lucro. Por lo que no reúne ningún criterio para ser considerada consumidora, pues aunque fuera destinataria final del producto, lo era para su incorporación a su actividad empresarial. Si la compradora, no tiene la cualidad legal de consumidora, no pueden aplicársele las previsiones legales sobre el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. **(STS de 11 de octubre de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En junio de 2015, la empresa Clínicas Veterinarias Móviles, S. L. L. vendió a Valdela Fuentes, S. L. P. una máquina analizadora de bioquímica, por precio de 7.865 €. El contrato se realizó a través de una plataforma *on line*. Tras recibir la mercancía en agosto siguiente, Valdela Fuentes negó haber adquirido la máquina y comunicó a la remitente que creía haberla recibido únicamente en depósito para prueba. Por lo que se negó a pagar el precio y ofreció devolver la máquina. Clínicas Veterinarias presentó una demanda contra Valdela Fuentes, en la que solicitó que se la conde-

nara al pago de 7.865 €, intereses y costas. Valdelasfuentes se opuso alegando que la suministradora no había respetado las previsiones legales sobre el derecho de desistimiento.

El juzgado dictó sentencia en la que desestimó la demanda, porque si bien consideró que no se trató de una venta a distancia, porque hubo encuentros entre las partes, y que tampoco se trató de una entrega a prueba, no se respetó el derecho de desistimiento previsto en el TRLGDCU, que resultaba aplicable a la compradora, en cuanto destinataria final de la máquina.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la demandante. A los efectos que nos ocupan, consideró que el ejercicio empresarial de la demandada le priva de la cualidad de consumidora, pero no de la condición de destinataria final, por lo que le resulta aplicable la legislación sobre las compraventas fuera del establecimiento mercantil.

La demandante formuló un recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el motivo de casación. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**15. Falta de legitimación activa de las asociaciones de consumidores en litigios cuyo objeto no sea común, ordinario y generalizado.**—Según el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, para apreciar legitimación activa por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de sus asociados, se requiere que el objeto del mismo sea común, ordinario y generalizado. Esta consideración prescinde del incumplimiento del deber de información precontractual en la comercialización indebida a consumidores de instrumentos financieros, destinados a inversores. (**STS de 11 de octubre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales formuló en su día demanda, en nombre de dos de sus afiliados, contra Popular Banca Privada, S. A. El Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid dictó sentencia de 16 de febrero de 2017, por la que estimó parcialmente la demanda deducida y declaró la nulidad de la orden de compra de bonos, canjeados por bonos subordinados necesariamente canjeables, por importe de 220.000 euros, con condena de la demandada a abonar el capital más los intereses legales y otros pronunciamientos adicionales correlativos.

Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la actora e impugnación por Popular Banca Privada, S. A. La sección décima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 5 de diciembre de 2017, en la que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto y desestimando la impugnación formulada por Popular Banca Privada, S. A., revocó en parte la sentencia del precitado juzgado, declarando el incumplimiento del deber de información precontractual de los contratos financieros atípicos, condenando a la entidad financiera a indemnizar los daños y perjuicios causados, que se cifraron en la suma de 2.132.824,79 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Contra dicha sentencia, Popular Banca Privada, S. A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo requiere, para apreciar la legitimación activa de las asociaciones de consumidores en aras de defender los intereses de sus asociados, que el objeto del litigio guarde relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, debiendo realizar una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios.

En el presente caso, considera que los servicios financieros exceden de la consideración de servicios de uso común, ordinario y generalizado, por su naturaleza y circunstancias, por tratarse de instrumentos financieros destinados a inversores, concretados en tres paquetes de acciones de sociedades cotizadas en bolsas internacionales, así como siete bonos estructurados. (C. A. C.)

**16. Subrogación en el contrato de arrendamiento por fallecimiento del arrendatario.**—Conforme al artículo 16.3 LAU 1994, si a la muerte del arrendatario las personas legitimadas para subrogarse en su posición no comunican por escrito el hecho del fallecimiento y la identidad del subrogado en el plazo de tres meses, el arrendamiento queda extinguido. Sin embargo, es controvertido si estas formalidades deben considerarse un requisito constitutivo de la subrogación o, por el contrario, basta con que el arrendador tenga conocimiento efectivo de aquellos extremos con independencia de cómo lo obtuviera. Tras entender en algunos pronunciamientos que la subrogación solo es válida si se practica la notificación en tiempo y forma, el Pleno del Tribunal Supremo corrigió su jurisprudencia y resolvió que el conocimiento efectivo por el arrendador es suficiente para que la subrogación sea efectiva. En esta sentencia, la Sala Primera se reafirma en esta posición. (**STS de 27 de septiembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 1935 se concertó un arrendamiento para uso de vivienda en virtud del cual A se constituía en arrendatario del inmueble. Tras su fallecimiento en 1951, su hija, B, continuó ocupando la vivienda e intentó un acto de conciliación para comunicar al arrendador su subrogación en el contrato. A la muerte de B en 1977, su marido C continuó viviendo en el inmueble y, apenas un año después, contrajo matrimonio en segundas nupcias con D. Después del fallecimiento de C en 2009, su viuda, D, siguió ocupando el domicilio familiar.

En 2015 la empresa propietaria del inmueble interpuso demanda solicitando la resolución del contrato. El Juzgado de Primera Instancia consideró que D se había subrogado válidamente en el contrato de arrendamiento, pues el arrendador tenía conocimiento efectivo de su ocupación, con lo que desestimó la demanda íntegramente. No obstante, la Audiencia Provincial estimó el recurso porque, mientras que las dos primeras subrogaciones se habían realizado correctamente conforme a la normativa de arrendamientos previa, la tercera no fue válida por no cumplir los requisitos formales previstos en el artículo 16.3 LAU 1994.

La demandada interpuso recurso de casación por infracción de las normas y doctrina jurisprudencial relativas a la subrogación del cónyuge viudo en el contrato de arrendamiento de la vivienda, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. En concreto, el Alto Tribunal razona que las exigencias formales de notificación son atemperadas por el principio de buena fe, de modo que el arrendador no puede pedir la resolución si tuvo conocimiento efectivo del fallecimiento de la arrendataria y de la voluntad de subrogación de su viudo, aunque no se le hubiera notificado por escrito.

NOTA.—En un principio el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido de que la notificación por escrito del fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación del tercero eran requisitos necesarios para su validez, sin que el conocimiento efectivo por el arrendador sustituyera la notificación por escrito (SSTS 220/2009, de 3 de abril, 343/2012, de 30 de mayo, 247/2013, de 22 de abril, y 664/2013, de 23 de octubre). Posteriormente, sin embargo, el Pleno del Tribunal Supremo (STS 475/2018, de 20 de julio) ha rectificado y ha establecido que, puesto que la subrogación no requiere el consentimiento del arrendador, sino solo que sea informado, si tuvo conocimiento efectivo de aquellos extremos por cualquier vía sería contrario a las exigencias de la buena fe pedir la resolución del contrato por incumplimiento de una formalidad.

Esta interpretación se extiende también a los contratos de arrendamiento para uso de vivienda concertados antes del 9 de mayo de 1985: aunque la DA 2.<sup>a</sup> LAU 1994 remite a la ley anterior como regla general, la subrogación se rige por las normas contenidas en ella y por el artículo 16.3 LAU 1994, excluyendo el artículo 58 LAU 1964. No sucede lo mismo con los arrendamientos de local para uso distinto de vivienda, pues la DA 3.<sup>a</sup> LAU 1994 no contiene una previsión equivalente y, por tanto, la subrogación se rige íntegramente por la LAU 1964, conforme a la cual la falta de notificación no conlleva la extinción del contrato, sino la atribución al arrendador de la facultad de resolverlo (STS 26/2009, de 29 de enero). (C. C. S.)

**17. Responsabilidad por defectos constructivos: distinción entre daños permanentes y daños continuados, y cómputo del plazo de prescripción de la acción (art. 18 LOE).**—A diferencia de los daños permanentes, que se agotan en un momento concreto, los daños continuados evolucionan en el tiempo (SSTS 114/2019, de 20 de febrero, 454/2016, de 4 de julio, 589/2015, de 14 de diciembre, y 624/2014, de 31 de octubre). El plazo de prescripción de la acción para obtener la reparación de los defectos constructivos que constituyan daños continuados, se computa desde el conocimiento de su entidad y trascendencia, momento a partir del que la acción puede ejercitarse. (STS de 14 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una vivienda fue rehabilitada y ampliada en el año 2010. Durante 2012 se detectaron una serie de fisuras y grietas, ante lo que su propietario contactó con el técnico intervinien-



te en la obra, sin obtener resultado alguno. En 2013 el propietario contrató a un perito, quien le advirtió del riesgo existente y de la conveniencia de instalar testigos para determinar el avance de las fisuras y grietas, lo que sería confirmado en 2015, cuando el mismo perito emitió informe en el que constató el aumento de grosor de aquéllas. Ese mismo año el propietario de la vivienda interpuso demanda en contra del técnico interviniente en la obra, solicitando su condena a la reparación del daño. El Juzgado desestimó la demanda por prescripción de la acción, y la Audiencia confirmó tal pronunciamiento. El demandante recurrió en casación por infracción del artículo 18 LOE y del artículo 1969 CC, en relación con la jurisprudencia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso.

NOTA.—Esta sentencia trata la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados, tan relevante en materia de inicio del cómputo de los plazos de prescripción, particularmente si son breves, como el bienal previsto en el artículo 18 LOE. La aplicación de la doctrina de los daños continuados a los producidos por defectos constructivos ha dividido a los autores. Un grupo sostiene que el plazo prescriptivo se computará desde que empiecen a manifestarse o producirse los daños, aunque no pueda determinarse su alcance. Este parecer no toma en consideración que cuando el daño aún evoluciona la actuación del perjudicado no conseguirá el pleno resarcimiento, dado que la reparación de lo manifestado inicialmente no hace desaparecer la patología que subyace y prosigue en sus efectos. Por ello, son daños continuados las grietas no estabilizadas, dado que la patología sigue actuando, haciendo que crezcan, y la reparación anticipada no puede evitarlo (para más referencias, Santana Navarro, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 159-162). (F. S. N.)

**18. Exclusión de los daños del semirremolque de la cobertura del seguro obligatorio del camión-tractor.**—El Tribunal Supremo considera que el artículo 5 LRCSCVM excluye al semirremolque de la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil, porque este elemento se asimila a las cosas transportadas en el camión-tractor asegurado. El Tribunal reitera el criterio ya establecido en sentencias como la STS 246/1996, de 1 de abril, de que, al carecer los camiones-tractores de capacidad propia para transportar cosas, tanto el semirremolque como su carga, han de considerarse en estos casos «cosas por él transportadas» a los efectos de la exclusión prevista en el artículo 5.2 LRCSCVM. (STS de 7 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En abril de 2014 tuvo lugar un accidente de circulación por salida de la vía y posterior volcado de un vehículo articulado formado por un camión-tractor y su semirremolque. Ges, Seguros y Reaseguros, S. A., como aseguradora del semirremolque, interpone demanda de juicio ordinario por los daños sufridos en el mismo contra Van Ameyde España, S. A., aseguradora del camión-tractor. La clave de la controversia gira en torno a la inter-

pretación del artículo 5.2 LRCSCVM, que, en síntesis, excluye de la cobertura del seguro obligatorio los daños sufridos por el propio vehículo asegurado y por las cosas en él transportadas. Así, Van Ameyde España, S. A. interesó la desestimación de la demanda sobre la base de que, en el momento del accidente, cabeza tractora y semirremolque formaban una «unidad funcional» y que, además, el semirremolque en sí mismo debía ser considerado una carga transportada por el camión-tractor, puesto que así lo establecía la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta sentencia es recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Huelva, que estima el recurso. Contra la sentencia en segunda instancia, la parte demandada interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo admitió el recurso y estimó pertinente dirigir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una petición de cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 3 de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos a motor. El TJUE dictó sentencia en la que se declaraba que la mencionada Directiva no se opone a una interpretación en la que se excluyan de la cobertura del seguro obligatorio los daños materiales causados por el camión-tractor al semirremolque por él transportado. Finalmente, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la demandada Van Ameyde España, S. A. (*M. S. G.*)

**19. La legitimación activa para el ejercicio de acciones en caso de impago del préstamo o crédito hipotecario titulado en participaciones hipotecarias.**—La titulación de préstamos o créditos hipotecarios mediante la emisión de participaciones hipotecarias está prevista en el artículo 15 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. En la fecha en que se produjo la emisión de las participaciones hipotecarias, dicho precepto legal estaba desarrollado reglamentariamente por la sección 5.ª del capítulo III del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo. La titulación de los préstamos o créditos hipotecarios mediante la emisión de participaciones hipotecarias tiene como principales funciones económicas refinanciar el crédito hipotecario y reducir el activo de riesgo del banco. Esa función económica de la titulación de préstamos y créditos hipotecarios por la emisión de participaciones hipotecarias se articula mediante una regulación jurídica, de difícil encaje en las categorías de negocios jurídicos existentes con anterioridad en nuestro Derecho, que configura una cesión no ordinaria de cuotas de los créditos derivados de esos préstamos o créditos hipotecarios, de naturaleza *sui generis* y con un claro componente fiduciario. En virtud de esta regulación, el banco que concedió el préstamo o crédito hipotecario que ha sido titulado mediante la emisión de participaciones hipotecarias tiene plena legitimación para promover el proceso judicial destinado al cobro de las cantidades adeudadas por el deudor hipotecario cuando este ha incumplido su obligación de pago, ya sea mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria, que será lo habitual, ya sea mediante otro procedimiento judicial que sea procedente, como es el caso del juicio declarativo ordinario. No se

trata de una legitimación extraordinaria, sino de la legitimación derivada de la posición jurídica que el emisor tiene en la relación comercial *sui generis* derivada de la emisión de participaciones hipotecarias sobre un préstamo o crédito hipotecario preexistente que concertó con el deudor hipotecario, en el que sigue conservando la cualidad de acreedor hipotecario y una obligación de custodia, administración y de realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo. (STS de 20 de octubre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—BBVA concedió el 15 de noviembre de 2007 un crédito hipotecario de 40.000 euros a Raimunda. Las cuotas del crédito dejaron de pagarse desde el 13 de abril de 2013. El banco titulizó dicho crédito hipotecario el 15 de abril de 2015 mediante la emisión de participaciones hipotecarias. FTA 2015 Fondo de Titulización de Activos suscribió esas participaciones hipotecarias.

BBVA interpuso en abril de 2017 una demanda de juicio ordinario contra Raimunda. Como pretensión principal, solicitó que se declarase el vencimiento anticipado de la total obligación de pago derivada del contrato, se condenase a la acreditada al pago de las cantidades debidas por principal, intereses ordinarios e intereses moratorios y se ordenara la realización del derecho de hipoteca. Raimunda se opuso a la demanda, alegando la falta de legitimación activa de BBVA porque el crédito hipotecario que servía de base a su demanda había sido titulizado y cedido a un fondo de titulización, que sería por tanto el acreedor legitimado para accionar con base en el crédito hipotecario que había resultado impagado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó tal excepción y estimó la pretensión principal de la demanda en lo relativo al vencimiento anticipado del crédito hipotecario y a la condena a pagar lo adeudado por capital, intereses ordinarios y de demora.

La sentencia fue apelada por la demandada y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La demandada ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo desestima los recursos por infracción procesal y de casación. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**20. Responsabilidad civil extracontractual. Concurrencia de culpas. Determinación del grado de contribución causal: Facultad de los órganos de instancia.**—La facultad de los órganos de instancia en la determinación del grado de contribución causal de la conducta culposa de la víctima a la producción del daño, constituye una apreciación que debe ser respetada en casación, con la salvedad de que se advierta irracionalidad o falta de lógica en la valoración de las conductas de las personas intervinientes en el desencadenamiento del proceso causal (SSTS 732/2010, de 11 de noviembre y 200/2012, de 26 de marzo, entre otras muchas). Concurso de culpas que igualmente admite repercusión en la moderación de la responsabilidad del demandado y reducción proporcional del daño (STS 513/2007, de 30 de abril).

**Al determinar la concurrencia de culpas debe acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad.**—Si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el agente, debe distribuirse proporcionalmente el *quantum* (SSTS de 1 de febrero, 12 de julio y 23 de septiembre de 1989), siendo la moderación de responsabilidades prevenida en el artículo 1103 CC, aplicable tanto a los casos de responsabilidad civil contractual como extracontractual (SSTS de 5 de octubre de 2006 y 724/2008, de 17 de julio).

Estos supuestos de convergencia de conductas negligentes generadoras del daño se han analizado, más correctamente, partiendo del punto de vista de entender que más que una manifestación de un *ius moderandi* (art. 1103 CC), conforman un verdadero problema de causalidad, en tanto en cuanto el artículo 1902 CC obliga a reparar el daño causado a otro, no la parte de éste susceptible de ser atribuido a otro sujeto de derecho, como la propia víctima. Desde esta perspectiva, la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo causal, mientras que la culpa concurrente lo rompe parcialmente, y, por ello, el agente no queda totalmente exonerado, sino parcialmente obligado a resarcir el daño causado, indemnizando a la víctima únicamente en la parte del daño que produjo o le es imputable.

**Determinación de cuotas ideales de aporte causal concurrente al caso litigioso, para fijar la cuantía indemnizatoria en la concurrencia de culpas.**—Ello requiere valorar las conductas de los distintos sujetos intervinientes, en el proceso desencadenante del evento dañoso producido, tanto individualmente como en su conjunto, para determinar la concreta contribución de cada uno de ellos en su génesis y correlativo deber de reparación proporcional del daño.

**El buen sentido como índice de responsabilidad en la concurrencia de culpas.**—En la indagación de si una concreta actuación previa ha sido causa directa e indirecta del daño sobrevenido, o de si varias de ellas han concurrido en igual o diferente proporción a su materialización, la jurisprudencia ha hecho referencia en numerosas ocasiones a que dentro del potencialmente infinito encadenamiento de causas y efectos la determinación del nexo causal entre el hecho de uno de los posibles agentes y el resultado dañoso ha de inspirarse en la valoración de aquellas circunstancias que el buen sentido señale como índice de responsabilidad (SSTS de 30 de diciembre de 1981 y 7 de enero de 1992), teniendo en cuenta, dentro de unas prudentes pautas, el sector del tráfico jurídico o el entorno físico y social donde se desarrollan los acontecimientos que preceden a un daño, pues no todos tienen la misma relevancia (STSS 3 de mayo de 1998 y 415/2003, de 29 de abril). **(STS de 20 de septiembre de 2021;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

**HECHOS.**—El demandante, que había sido contratado como monitor para dirigir un curso infantil por una entidad sin ánimo de lucro, sufrió un daño al acceder por iniciativa propia a la parte superior de un rocódromo a retirar un cable que había quedado suspendido en la parte alta de la citada instalación, para lo que precisó la utilización de un arnés de seguridad, que le fue colocado por una de las trabajadoras de la entidad mercantil que explotaba el parque temático infantil donde se encontraba el rocódromo. Al habersele colocado el arnés de forma incorrecta, el actor se precipitó al suelo desde seis metros de altura. Como consecuencia de dicha caída

sufrió diversas lesiones, que requirieron para su sanidad 17 días de hospitalización y 365 días de carácter impeditivo, y, además, le restaron varias secuelas funcionales, valoradas en 24 puntos, así como de naturaleza estética, apreciadas con la calificación de ligeras y cuantificadas con 4 puntos.

Se dio la circunstancia que la entidad sin ánimo de lucro tenía suscrito un contrato de seguro de accidentes, así como otro de responsabilidad civil. También, esta entidad había celebrado un convenio de colaboración con la sociedad que explotaba las instalaciones infantiles donde se encontraba el rocódromo que, a su vez, tenía un contrato de seguro de responsabilidad civil con otra compañía de seguros.

La demanda fue dirigida contra la entidad sin ánimo de lucro, contra la mercantil que explotaba las instalaciones temáticas infantiles y contra sus respectivas aseguradoras.

El juzgado estimó en parte la demanda al considerar que la causa del evento dañoso enjuiciado radicó en la propia imprudencia del demandante, que fue valorada en un porcentaje del 70 %, y, en menor medida, en un 30 %, en la contribución concausal negligente de una de las trabajadoras de la sociedad codemandada, que colocó incorrectamente al actor el arnés de sujeción. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación elevando la indemnización correspondiente al demandante. (*I. D.-L. S.*)

**21. Responsabilidad civil médica: Aplicación del baremo de tráfico vigente a la fecha del siniestro, sin perjuicio de que la valoración económica de la indemnización se haga con arreglo a los importes que rigen en el año del conocimiento definitivo del daño sufrido.**—A partir de las SSTS del Pleno 429/2007 y 430/2007, ambas de 17 de abril de 2007, constituye jurisprudencia reiterada que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado (En este mismo sentido, SSTS de 9 de julio de 2008, 18 de junio de 2009 y 5 de mayo de 2010, entre otras).

**El carácter orientativo del baremo de tráfico no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente o los vigentes en un momento posterior.**—Que el baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior (STS 460/2019, de 3 de septiembre). Por tanto, no cabe aplicar el baremo de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la

Ley 30/1995, de 8 de noviembre para determinar la valoración económica de los puntos, y el de la Ley 35/2015 para fijar la puntuación de la secuela padecida. (STS de 13 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los representantes legales de un menor ejercitaron una acción derivada de una responsabilidad por imprudencia médica contra una entidad aseguradora, a consecuencia de una mala praxis profesional del personal del Servicio Gallego de Salud, durante el parto que dio lugar al nacimiento del menor, que determinó que el recién nacido sufriera una distocia de hombros, cuya mala resolución tuvo como consecuencia una lesión de plexo braquial, generadora de secuelas de carácter psicofísico y estético. Además, la demanda se fundamentó en la falta de consentimiento informado respecto de la realización de un parto instrumental, con utilización de ventosa obstétrica.

El juzgado estimó parcialmente de la demanda, al condenar a la demandada a abonar a la parte actora, con aplicación del baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, la suma total de 209.998,88 euros, por las lesiones y secuelas sufridas, así como a una indemnización, por daño moral, de 6.000 euros a cada progenitor, con los intereses del artículo 20 LCS, desde el 17 de marzo de 2015, fecha en que la entidad aseguradora tuvo conocimiento del siniestro. La audiencia apreció la indebida aplicación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al haber aplicado el Juez una norma, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, a hechos ocurridos en 2014, y reclamados en 2015, y ni siquiera con carácter orientativo, por lo que se rebajó la indemnización correspondiente a la suma de 178.593,50 euros. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación planteado por la demandada en el único sentido de rebajar la indemnización correspondiente a favor del menor a la suma de 152.762,85 euros.

NOTA.—La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, ha establecido un nuevo modelo para valorar los daños y perjuicios causados a personas en accidente de circulación de vehículos a motor, que sigue siendo conocido como *baremo*, y ha supuesto una mejora manifiesta de la normativa vigente con anterioridad. Una de sus particularidades es que hace explícitos los denominados *principios rectores del sistema*, que constituyen la pauta hermenéutica del baremo. Actualmente, el baremo tiene carácter vinculante y su aplicación se ha extendido sin carácter obligatorio, a otras áreas del Derecho, convirtiéndose en un referente para la valoración del daño. (I. D.—L. S.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**22. Propiedad horizontal. Gastos de la comunidad de propietarios. Determinación del obligado al pago de los gastos de comunidad y suministros en los casos de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial.**—La jurisprudencia tiene declarado que el propietario es el obligado al pago de las cuotas de comunidad, si bien el excónyuge al que le sea atribuida el uso de la vivienda familiar debe afrontar el pago de los suministros, sin perjuicio de lo que pueda acordar el juzgado de familia en los casos de crisis conyugal (art. 9 LPH) (SSTS 508/2014, de 25 de septiembre y 399/2018, de 27 de junio). (STS de 13 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A partir de la falta de acuerdo de los excónyuges sobre a quién le correspondía el pago de las cuotas de comunidad y suministros de la vivienda familiar en un caso de divorcio, en el que el uso de la vivienda familiar, propiedad exclusiva del actor, fue atribuida a su exmujer, y donde la sentencia de divorcio no determinó quién sería el sujeto pasivo de la obligación de pago de estos gastos, el excónyuge propietario demandó a su exconsorte reclamándole la devolución de los importes satisfechos por el pago de la cuota ordinaria de comunidad de propietarios y la tasa de basura.

El juzgado y la audiencia estimaron la demanda, en base a que estos gastos deben ser asumidos por la ocupante de la vivienda como única parte que se beneficia de su utilización, y porque estos desembolsos pecuniarios derivan y son propios del mantenimiento y conservación del inmueble. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación interpuesto por la demandada en lo referente al importe de los gastos de comunidad, que imputa a cargo del propietario del inmueble. (C. O. M.)

**23. Propiedad Horizontal. Impugnación de acuerdos por comuneros ausentes a junta de propietarios (art. 18.2 LPH): innecesaria oposición al acuerdo en el plazo de 30 días a su notificación.**—Los ausentes a junta de propietarios poseen legitimación para impugnar los acuerdos tomados aunque no se opongan en el plazo de 30 días desde su notificación, de acuerdo con el artículo 17.8 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir las mayorías exigidas en la LPH (SSTS 930/2008, de 16 de diciembre, y 590/2020, de 11 de noviembre).

**Criterios para determinar el carácter común de un elemento: ubicación y presunción de carácter común, e intrascendencia de su uso exclusivo por un propietario.**—No cabe identificar un elemento que se encuentra puertas afuera de la vivienda con un vestíbulo referido en su descripción registral, por la diferente situación de ambos, pues el término vestíbulo suele describir el receptor de una vivienda, situado después de su entrada. Si del título constitutivo no se deduce, de forma clara, el carácter privativo de un espacio, éste goza salvo prueba en contrario de la presunción de ser común (STS 452/2009, de 4 de junio). No es obstáculo a tal calificación la utilización exclusiva de dicho espacio por un propietario. Ni convierte tal

elemento en privativo, la disfunción de que su suministro eléctrico se encuentre unificado en el contador de una vivienda.

**Obligación de contribución a los gastos generales [art. 9 e) LPH].**—No se incumple tal obligación por acordarse en junta de propietarios que los gastos por suministro eléctrico de un espacio común sean abonados por la comunidad a través de un cálculo aproximado de la cuantía del consumo; ni por asumir la comunidad el coste de limpieza de tal espacio al ser común.

**Cómputo de mayorías para adopción de acuerdos comunitarios.**—De acuerdo con el artículo 17.8 LPH deben computarse como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes que no hayan manifestado su discrepancia al acuerdo en los 30 días siguientes a su notificación.

**Doctrina de los actos propios.**—Solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (STS 320/2020, de 18 de junio, con cita de otras). Por ello, la asunción por un propietario de un gasto comunitario durante un tiempo no es un acto propio de la comunidad demandada y, por tanto, no le impide a ésta adoptar un acuerdo para afrontar su pago. (STS de 15 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Un comunero venía afrontando los gastos de limpieza y de suministro eléctrico por la iluminación de un espacio que se situaba puertas afuera de su vivienda y del que solo se servía él, porque la luminaria correspondiente se hallaba conectada al contador de su vivienda desde la construcción del edificio. Al cabo de los años solicitó a la junta de propietarios que asumiera dichos gastos, y particularmente que conectara la mencionada iluminación al contador de la comunidad. La junta, por unanimidad de los asistentes, quienes representaban el 29 % de las cuotas de participación, adoptó el acuerdo de asumir tales gastos. Para evitar obras de conexión, se comprometió a abonar anualmente al comunero el coste del consumo del punto de luz, calculado por un instalador, así como a sustituir la luminaria cuando fuera preciso. La promotora del edificio, quien era copropietaria, y no había asistido a la junta ni mostrado oposición al acuerdo en los 30 días siguientes a su notificación, interpuso demanda contra la comunidad solicitando su declaración de nulidad. Alegó que resultaba contrario a la ley y al título constitutivo, con fundamento en el carácter privativo del espacio objeto de litis. El Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial apreció la falta de legitimación activa del demandante por no oponerse al acuerdo conforme al artículo 17.8 LPH. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación del actor y, asumiendo la instancia, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada en primera instancia. (F. S. N.)

**24. Propiedad horizontal. Las mancomunidades de propietarios antes de la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril.**—La jurisprudencia antes de la modificación del artículo 24 LPH, llevada efecto por Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la LPH, venía admitiendo la realidad jurídica de esta clase de mancomunidades.



**Características de las mancomunidades de propietarios.**—Consiste en la existencia de una pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión cifrado en la titularidad compartida, inherente a los derechos privativos sobre cada una de ellas, de elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios (véase STS 992/2008, de 27 de octubre).

**Régimen legal de los complejos inmobiliarios privados: Las mancomunidades de propietarios.**—Según el artículo 24.2 LPH, estos complejos pueden constituirse como una sola comunidad de propietarios, o bien como una agrupación de comunidades de propietarios.

**Propiedad horizontal de hecho: La jurisprudencia las reconoce incluso en casos de falta de constitución y de funcionamiento formal de la propiedad horizontal.**—La posibilidad de que haya situaciones regidas por las normas de la propiedad horizontal sin que haya habido título constitutivo lo reconoce el artículo 2 LPH en la redacción que le dio la Ley 8/1999, de 6 de abril, cuando dice que la ley será de aplicación no solo a las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo establecido en el artículo 5 LPH, mediante otorgamiento de título, sino también a aquellas comunidades que, reuniendo los requisitos del artículo 396 CC, no lo hubiesen otorgado (SSTS de 17 de julio de 2006, 28 de mayo de 2009, y 489/2021, de 6 de julio, entre otras).

**Aplicación analógica de la LPH a los complejos inmobiliarios privados anteriores a la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril.**—La jurisprudencia se ha manifestado reiteradamente a favor de la aplicación analógica de la LPH a complejos inmobiliarios existentes con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 8/1999, de 6 de abril (SSTS 357/2003, de 7 de abril, y 489/2021, de 6 de julio).

**Mayorías necesarias para la adopción de acuerdos por la Junta de propietarios.**—El artículo 17 LPH establece cuáles son las mayorías necesarias para la aprobación de los distintos acuerdos, susceptibles de ser adoptados por los titulares de los pisos y locales integrados en la correspondiente comunidad de propietarios, constituida bajo el régimen de propiedad horizontal. La importancia o trascendencia de la decisión a adoptar en cada caso determina los distintos *quórum*s exigibles para la aprobación de los correspondientes acuerdos sometidos a la Junta de propietarios.

Las mayorías exigidas son en todo caso ponderadas, bajo sendos criterios de necesaria y conjunta concurrencia por elementales razones de equidad, pues no basta la simple mayoría requerida de los propietarios votantes, sino también que supongan los porcentajes exigidos de cuotas de participación, al constituir éstas los módulos para determinar la participación en las cargas y beneficios de la comunidad.

**Acta de la reunión de la Junta de propietarios: Relevancia de la expresión de las cuotas de participación.**—La expresión de las cuotas de participación es relevante en este caso, puesto que la falta del cómputo de las mismas impide determinar si se alcanzó la mayoría exigida por el artículo 17.7 LPH.

**La subsanación de los defectos del acta de la Junta está condicionada a que sea posible conocer si se ha cumplido con el régimen de mayorías.**—La subsanación se condiciona a que sea factible la constatación de las cuotas de participación, por tanto, cuando no consta la voluntad debidamente exteriorizada por los copropietarios, se hace imposible la determinación de las mayorías. (STS de 13 de septiembre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los demandantes impugnaron los acuerdos comunitarios correspondientes a una mancomunidad formada por tres comunidades de propietarios de edificios que comparten el servicio de agua caliente y calefacción. En la reunión que dio lugar al litigio, la propuesta ganadora fue aprobada por 55 votos frente a 47. En el acta se hizo constar la relación de los asistentes, con la referencia a la comunidad y piso al que pertenecían, y mención a sus cuotas. Sin embargo, no se expresó el sentido del voto de cada propietario, ni las cuotas de participación que respectivamente representaban. Posteriormente, la Junta de Gobierno de los presidentes de las tres comunidades adoptaron los acuerdos pertinentes consecuencia de la Junta anterior.

El juzgado desestimó la pretensión de los propietarios disidentes. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia al entender que, dada la redacción del acta, no era posible conocer ni el sentido del voto ni la cuota de participación que representaban los votos negativos y los votos positivos, lo que le llevó a declarar la nulidad de los acuerdos porque no se podía constatar las mayorías de personas y cuotas exigidas por la Ley. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**25. Guarda y custodia de menores. Nulidad de actuaciones.**—En el recurso extraordinario por infracción procesal se entremezclan de forma indiscriminada, con técnica casacional cuestionable, infracciones procesales de diferente naturaleza (falta de motivación y de congruencia) y que, en vez de acumularse en un solo motivo, debieran haberse denunciado de forma separada y en motivos independientes. La falta de congruencia, como tal, no está razonada. En el discurso argumental de la recurrente se identifica con la falta de motivación y se justifica de la misma forma. Sin embargo, congruencia y motivación no son lo mismo. Como ha dicho la STS 453/2021, de 28 junio: una sentencia es incongruente si concede más de lo pedido (*ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitum*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte. En el caso, la sentencia recurrida no concede más de lo pedido ni se pronuncia fuera o al margen de lo suplicado ni deja de contestar a y resolver sobre lo pretendido. Se promovió una demanda de modificación de medidas, para constituir una custodia exclusiva por otra compartida. La sentencia de primera instancia desestimó la solicitud y la de segunda instancia, de manera diferente, y acogiendo el recurso de apelación, entendió que procedía estimarla. Nada de incongruente hay en esto.

La sentencia tampoco adolece de falta de motivación. La STS 504/2021, de 7 julio, declara que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión,

es decir la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla. En el caso, la sentencia recurrida exterioriza y da a conocer de forma muy clara y por contraposición a la sentencia de primera instancia (que consideró que la situación de enfrentamiento y el elevado nivel de controversia existente entre los progenitores hacía inviable el régimen de custodia compartida) la razón de su decisión. Su justificación se expone a través de la siguiente secuencia argumental: (i) en la sentencia de divorcio se atribuyó la guarda y custodia de los menores a la madre, en virtud del acuerdo al que habían llegado los esposos, y se fijó el régimen de visitas a favor del padre; (ii) sin embargo, desde el primer momento, la madre ha venido incumpliendo y poniendo obstáculos al ejercicio del derecho de visita que tiene reconocido el padre, impidiendo que éste pueda relacionarse con normalidad con sus hijos, (iii) teniendo en cuenta esta circunstancia y que las desavenencias conyugales (que la sentencia no niega) no impiden por sí mismas la adopción del régimen de custodia compartida cuando sea más beneficiosa para el menor; (iv) y como quiera que es beneficioso para el menor relacionarse con los dos progenitores y no solo con uno de ellos, para así alcanzar una plenitud de vida emocional, personal y familiar, en conexión con ambas ramas familiares y no solo con una; (v) entonces la conclusión es que el interés actual de los menores aconseja la conversión de la custodia exclusiva en custodia compartida. Por tanto, existe motivación. Que no sea del gusto de la recurrente o que ésta no la considere acertada, entendiéndola que la jurídicamente y ajustada al principio del interés superior del menor es la que expone la sentencia de primera instancia para desestimar la demanda, resulta una cuestión distinta y que no puede ser objeto de este recurso, sino materia, en su caso, del recurso de casación. En conclusión, se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal.

**Recurso de casación.**—Se plantea un motivo único de casación en el que se alega la infracción de los artículos 92 CC y 9 LOPJM. El motivo hay que analizarlo partiendo de los siguientes hechos incontrovertidos: (i) Los hijos menores de los litigantes (de 4 y 9 años de edad cuando se presentó la demanda que dio inicio al proceso) no fueron oídos ni en primera ni en segunda instancia en relación con la cuestión controvertida: modificación de la medida relativa a su custodia, sustituyendo la custodia exclusiva (atribuida en la sentencia de divorcio a su madre), por la custodia compartida; (ii) por otro lado no hay justificación, ni siquiera explicación del hecho anterior, en ninguna de las sentencias, ni en la de primera ni en la de segunda instancia. Dice el artículo 92, apartados 2 y 6, CC, que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. Y el artículo 9.1 LOPJM establece que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le

pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. En el artículo 9.2 se establece, cuando tenga suficiente madurez, que pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos. Cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, se podrá emplear a sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o hacerlo a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir la opinión del menor objetivamente. En el artículo 9.3 se dispone que siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por representante, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

El derecho del menor a ser «oído y escuchado» goza de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con los artículos 10.2 y 39.4 CE. Forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, según abundante jurisprudencia constitucional (STC 221/2002, de 25 noviembre). El Tribunal Supremo ha establecido sobre la «audiencia», «exploración o «derecho a ser oído», una doctrina reiterada (SSTS 413/2014, de 20 octubre, 157/2017, de 7 marzo, 578/2017, de 25 de octubre, 18/2018, de 15 enero, 648/2020, de 30 noviembre y 548/2021, de 19 julio). De ellas cabe extraer a modo de líneas directrices, las dos siguientes premisas: (i) La audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida y mejor protección y, en su caso debe ser acordada de oficio por el tribunal; (ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquél, por lo que es posible, siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que su exploración se lleve a cabo por un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo de modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada.

En el presente caso, ni se ha oído a los menores ni se ha resuelto de forma motivada sobre su audiencia. Es cierto que ninguna de las partes la solicitó. Ni en primera ni en segunda instancia. Pero que no lo hicieran no implicaba que no hubiera que practicarla. Conforme a la jurisprudencia citada debía haberse acordado de oficio, o, en vista de la edad de los menores, haberse descartado motivadamente.

La sentencia recurrida se ha dictado sin que nada de lo anterior se haya hecho. Se han quebrantado las normas legales que el recurso cita; se ha desatendido la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los menores a ser oídos y vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la modificación de medidas, se haga efectivo el derecho de los menores a ser oídos y

escuchados sobre su guarda y custodia. La solicitud del Fiscal que propugna la casación para que se confirme la sentencia de primera instancia no puede ser acogida.

**Costas y depósitos.**—Al desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal procede imponer las costas a la parte recurrente. Al estimarse el recurso de casación no procede hacer expresa condena en costas. Debe disponerse la devolución de la totalidad del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal. (STS de 27 de julio de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

NOTA.—La guarda y custodia compartida es institución cada vez más aplicada por nuestros Tribunales y la presente resolución judicial es un buen ejemplo tanto para la filiación matrimonial, como no matrimonial. Contribuirá, sin duda, a su perfeccionamiento en la práctica. (G. G. C.)

**26. Modificación judicial del régimen de guarda y custodia de los hijos menores.**—Al tomar cualquier decisión que afecte a un menor, y en particular al establecer o modificar el régimen de su guarda y custodia, ha de primar siempre su interés superior. Como ha establecido el Tribunal Supremo, este constituye un concepto jurídico indeterminado que no puede ser decidido en abstracto, sino que requiere valorar el conjunto de circunstancias concretas de la familia y, muy particularmente, los deseos expresados por los menores, en función de su edad y madurez. En la sentencia extractada, nuestro Alto Tribunal reconoce el peso que en este ámbito tienen los informes de los equipos psicosociales, así como la importancia de la estabilidad del entorno familiar, pero concluye que ninguno de estos factores es vinculante para el Juez ni le impide acordar una modificación del régimen cuando el cambio de circunstancias lo requiera. (STS de 19 de octubre de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Tras su divorcio en 2016, el Juez de Primera Instancia atribuyó a la madre (A) la guarda y custodia de los hijos, estableciendo en favor del padre (B) un régimen de visitas amplio. Dos años después, B solicita que se le atribuya la guarda y custodia para trasladarse con los hijos a Varese, Italia, a lo que A reconviene pidiendo una reducción del régimen de visitas del padre.

En primera instancia se desestiman ambas peticiones, apoyándose en un informe de los equipos psicosociales que, aunque reconoce el deseo de los hijos de vivir con su padre, no considera que sea lo más conveniente para su futuro. Interpuesto recurso de apelación por ambos progenitores, la Audiencia Provincial vuelve a desestimar la petición de A, pero sí estima la de B, atribuyéndole la guarda y custodia durante cuatro años y estableciendo en favor de A el mismo régimen de visitas del que venía disfrutando el padre. En dicho pronunciamiento no queda claro si el régimen se establece exclusivamente para residir en Varese.

Contra dicha sentencia A interpuso recurso de casación por dos motivos: infracción del artículo 91 CC al modificar el régimen de guarda y custodia sin que concurren circunstancias nuevas e inco-

recta interpretación del interés superior de los menores. El Alto Tribunal desestima el primer motivo porque considera que el cambio de residencia del padre y la voluntad de los hijos de vivir con él constituyen un cambio de circunstancias que modifica la medida. En cuanto al segundo, la sentencia extractada analiza la decisión de la Audiencia Provincial y comparte sus argumentos, en particular, que los informes de los equipos psicosociales no son vinculantes, sino que debe tenerse en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean el caso y, especialmente, los deseos y voluntad de los hijos en función de su edad y madurez. También entra a valorar los hechos nuevos alegados por A acaecidos después de recaer la sentencia recurrida, pues las formalidades procesales deben flexibilizarse para atender al interés superior del menor, pero termina considerando irrelevantes estos factores. El único punto en el que admite el recurso de casación es en lo relativo a la pretendida vinculación del régimen de custodia a la fijación de la residencia en Varese, que considera incorrecta, aunque resalta el deber de B de comunicar a los tribunales cualquier posible cambio de residencia para que vuelvan a pronunciarse sobre la guarda y custodia.

NOTA.—La LOPJM ha sido modificada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI). Entre otros cambios, se reforma el artículo 2.5.c) LOPJM para incluir una presunción de conflicto de interés cuando la medida decidida por los progenitores, tutores o representantes sea contraria a la opinión del menor, además de introducir nuevos criterios para interpretar el interés superior del menor (art. 4 LOPIVI). (C. C. S.)

**27. Determinación de la cuantía y la duración de la pensión compensatoria. Efectos de la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria en segunda instancia respecto de la fijada en primera instancia.**—El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC. Estos factores permiten valorar la idoneidad o aptitud del potencial beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Ello supone la necesidad de realizar un juicio prospectivo, para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella, el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación. El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio.

Con relación a la reducción de la pensión compensatoria en segunda instancia respecto de la determinada en primera instancia, es a la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia a la que debe estarse para fijar los efectos de la pensión compensatoria, con independencia de que fuera la sentencia de segunda instancia la que, al valorar los mismos hechos de una manera diferente, elevara la cuantía de la pensión compensatoria. La cuantía fijada por la sentencia de segunda instancia produce efectos desde la sentencia de primera instancia en la que se reconoció el derecho a la pensión compensatoria.

De tal modo, una eventual reducción de la pensión compensatoria efectuada en la sentencia de apelación es operativa desde la sentencia de primera instancia. (STS de 8 de octubre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Fausto interpone demanda de divorcio contra Benita. La demanda es estimada, imponiendo una pensión compensatoria de 1.000 € al mes a percibir por Benita durante 9 años.

Fausto recurre en apelación. El recurso es parcialmente estimado, de modo que la pensión compensatoria que Fausto debe pagar a Benita queda fijada en 300 € al mes durante 5 años.

Benita interpone recurso de casación. El recurso es desestimado, al entenderse que en la sentencia recurrida la cuantía de la pensión compensatoria se aprecia con prudencia y corrección, al considerar de forma conjunta tanto los ingresos actuales de Fausto y Benita como el patrimonio mobiliario e inmobiliario que ha amasado durante el matrimonio. Asimismo, se establece que la reducción de la pensión compensatoria en la segunda instancia tiene efectos desde la notificación de la sentencia de primera instancia. (T. R. C.)

**28. Régimen económico-matrimonial de gananciales.**—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el ingreso de dinero privativo en una cuenta bancaria de cotitularidad de ambos cónyuges no le atribuye carácter ganancial. El carácter privativo viene determinado por el origen individual de los ingresos efectuados, destinados al levantamiento de las cargas familiares. Habida cuenta de la inexistencia de actos jurídicos de inequívoca significación que demuestren su ánimo de liberalidad, procede el derecho de reembolso, de conformidad con el artículo 1364 CC. (STS de 27 de septiembre de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El presente asunto enjuicia la impugnación del inventario de bienes de la liquidación de una sociedad de gananciales, en atención a la incorporación de unos fondos a una cuenta bancaria de titularidad común de ambos cónyuges, y su eventual consideración de bien ganancial o privativo.

En este sentido, la demandante reclama un crédito a su favor frente a la sociedad de gananciales por razón de los bienes que se adjudicó en la herencia de sus padres, concretamente, las cantidades de 10.400 euros procedentes de un fondo de inversión, y 51.397 procedentes de la venta de un inmueble, por tratarse de bienes privativos, según el artículo 1346.2 y 3 CC.

NOTA.—El Tribunal Supremo, de conformidad con su doctrina jurisprudencial, ha venido considerando que el mero hecho del ingreso de dinero privativo en una cuenta de titularidad común de los cónyuges, vigente el régimen económico matrimonial, no atribuye a dicho dinero la condición jurídica de ganancial. Para ello, considera nucleares diversos elementos, referidos a continuación.

En primer lugar, los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a las relaciones internas entre ambos titulares, y, más concretamente, a la originaria procedencia de los fondos de que se nutre la cuenta para determinar su titularidad.

En segundo lugar, la persona que invoque el ánimo de liberalidad del ingreso debe justificarlo.

En tercer lugar, para que pudiera reputarse como ganancial, sería preciso la expresión de una voluntad clara en tal sentido, de modo que, en otro caso, en la liquidación, hay que estar al origen de los fondos.

En cuarto lugar, 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, se presume que se gastó en interés de la sociedad.

En quinto lugar, el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite atribuirle carácter ganancial. En consecuencia, si se emplea en el levantamiento de las cargas familiares, o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta.

En sexto lugar, el acuerdo de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, a la vez que genera un crédito por el valor satisfecho a costa del caudal propio de uno de los cónyuges. (C. A. C.)

## DERECHO MERCANTIL

**29. Concurso de acreedores. Complicidad concursal: determinación y requisitos.**—El cómplice es un tercero, en tanto que cooperador en una conducta ajena del deudor o de quienes actúan por él, que determina la calificación culpable del concurso. Por ello, la persona que de alguna manera interviene en la realización de esa conducta no puede ser declarada al mismo tiempo persona afectada por la calificación, para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: por un lado, que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; por otro, la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado,



o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación. La generalidad con que se pronunciaba el artículo 166 LC, *cualquier acto*, no relevaba a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión consideraba constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción había de basarse en una actividad probatoria suficiente y había de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que era declarado cómplice y los concretos actos de generación o agravación de la situación de insolvencia, que hubieran fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 LC. La actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no solo a dicha actuación, sino que también ha de constatar su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

**Responsabilidad de los cómplices relativa a la cobertura del déficit concursal.**—Esta responsabilidad solo está prevista para determinadas personas afectadas por la declaración de culpabilidad del concurso, pero no para los cómplices. Respecto de los cómplices, la Ley Concursal prevé una consecuencia general, consistente en la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores en el concurso; y otras consecuencias particulares, en función de la conducta desarrollada, y que pueden consistir en la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, o en la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados. Así la jurisprudencia ha sostenido que en la sentencia que califica el concurso como culpable es necesario determinar cuáles son las conductas que determinan esa calificación y cómo han participado en ellas tanto las personas afectadas por la calificación como los cómplices. Una vez determinado lo anterior, la condena a dichos cómplices ha de ser consecuencia de su participación en esas conductas. En concreto, la condena a indemnizar los daños y perjuicios debe ser consecuencia de los concretos daños y perjuicios causados por la conducta en cuya realización han participado, y en atención a dicha participación. No puede acordarse una condena *en globo* que no discrimine entre las causas de calificación del concurso como culpable en las que hayan participado los cómplices y aquellas en las que no hayan participado y que no tenga en cuenta la importancia de su participación en tales conductas. (STS de 14 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La administración concursal de la entidad mercantil I. O. SL presentó informe para la calificación del concurso contra M., G. J. y F. M. P., SL en el que solicitaba la declaración como culpable del concurso de I. P. SL, así como que se declare a M., F. M. P., SL, G. y J. como personas afectadas por la calificación y, a los tres últimos, como cómplices, así como que se inhabilite a todos ellos por un período de ocho años junto con la condena solidaria a satisfacer, en concepto de daños y perjuicios, la totalidad del pasivo concursal que no resultare cubierto con las operaciones de liquida-

ción, hasta determinada cantidad, más los costes de cancelación y las responsabilidades pecuniarias de todo orden, derivados de las hipotecas constituidas en favor del Estado hasta el límite que le fueran exigidos o exigibles a la entidad mercantil concursada. P., SL, y también que se condene solidariamente a M., G. J. y F. M. P., SL a pagar a la masa activa del concurso, el (100 %) del importe de los créditos que no perciban los acreedores en la liquidación de la masa activa. El Ministerio Fiscal emitió informe solicitando la calificación del concurso como culpable. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante calificó el concurso de I. P., SL como culpable y a M., G. J. y F. M. P., SL como personas afectadas por esta calificación, inhabilitando a M., G. J. durante cinco años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales, al tiempo que extiende solidariamente a M., G. J. y F. M. P., SL la responsabilidad por las deudas sociales no satisfechas hasta el importe solicitado, así como los gastos de cancelación y responsabilidades pecuniarias de todo orden por la constitución hipotecas a favor del Estado en las fincas reintegradas al concurso, declarando la pérdida de cualquier derecho que pudieren tener como acreedores concursales o contra la masa, con la condena en costas de manera solidaria. Recurrida en apelación por la representación procesal de M., G. J. y F. M. P., SL, la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia de instancia únicamente en el sentido de dejar sin efecto todos los pronunciamientos relativos a los recurrentes, dado que la administración concursal no había solicitado aclaración alguna respecto de la confusión en que había incurrido la sentencia de primera instancia, entre personas afectadas por la declaración de culpabilidad y los cómplices, y no había formulado recurso de apelación, así como que, el ámbito de conocimiento en segunda instancia, impedía pronunciarse sobre la complicidad, manteniendo el resto de la resolución recurrida, sin hacer especial imposición de las costas ocasionadas en la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**30. Garantes del concursado. Carga de la prueba sobre la aceptación del acreedor del convenio concursal.**—Cuando el demandante interpuso la demanda en la que reclamaba al demandado fiador solidario la devolución del préstamo que había afianzado, no se había aprobado el convenio en el concurso de acreedores del deudor principal. La aprobación del convenio en el concurso del deudor principal es un hecho posterior, que se puso en conocimiento del juzgado durante la audiencia previa. Bajo esas circunstancias, para que prosperara su acción, el demandante corría con la carga de acreditar la existencia y exigibilidad de la obligación afianzada por el demandado, que presuponía el incumplimiento de la obligación de pago por parte del demandado y la procedencia del vencimiento anticipado, así como el propio afianzamiento (art. 217.2 LEC). Por su parte, el demandado debía acreditar no solo la existencia del convenio y su aprobación judicial, sino también que el acreedor lo había aceptado (art. 217.3 LEC), si pretendía que resultara de aplicación el

artículo 135.2 LC. En nuestro caso, por la forma en que se lleva a cabo la aceptación del convenio por parte de los acreedores, ya sea en la junta o mediante adhesiones por escrito, queda constancia de qué acreedores votaron a favor de la propuesta o se adhirieron, así como del importe de sus créditos para poder calcular el cumplimiento de las mayorías legales. Por esta razón, para acreditar que el demandante había aceptado el convenio bastaba aportar la certificación de la votación, que estaba unida como anexo al convenio. Como el fiador demandado era administrador de la sociedad deudora, a quien representaba en el concurso en aquel momento, tenía acceso directo al acta en la que constaban los acreedores que habían aceptado la propuesta de convenio, por lo que gozaba de facilidad para probar este hecho (art. 217.7 LEC).

**Efectos de la aprobación de un convenio frente a los garantes del concursado.**—El artículo 135 LC regulaba los efectos de la aprobación de un convenio respecto de los derechos que un acreedor concursal pudiera tener «frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas». La norma distinguía dos escenarios: el primero, que el acreedor no hubiera votado a favor del convenio; y el segundo que hubiera votado a favor del convenio. En el primer caso, si el acreedor no hubiera votado a favor, esto es, no hubiera aceptado la propuesta de convenio, el artículo 135.1 LC prescribía que el convenio finalmente aprobado no afectaba a los derechos que tuviera ese acreedor «frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas». Esta norma ha pasado al artículo 399 TRLC, que sustancialmente no ha cambiado. En un caso como el presente, en que no consta acreditado que el acreedor demandante hubiera aceptado el convenio, los derechos que tenía frente al fiador demandado no se veían afectados por el contenido del convenio. En consecuencia, vencida de forma anticipada la obligación como consecuencia del incumplimiento de la prestataria, la demandante tiene derecho a reclamar la obligación garantizada al fiador. Pero, incluso si se hubiera acreditado que el acreedor demandante había aceptado el convenio, las consecuencias en este caso serían las mismas. El artículo 135.2 LC regulaba los efectos de la aprobación del convenio frente a los terceros obligados solidarios con el concursado y los fiadores, en el caso en que el acreedor hubiera votado a favor del convenio. La norma no prevé como efecto consiguiente a haber aceptado el convenio la pérdida de los derechos frente a los obligados solidarios y los fiadores o avalistas, como parece desprenderse de la argumentación de la sentencia recurrida, sino que la responsabilidad de estos se rija por las normas que regulan las obligaciones que hubieran contraído o por los convenios o pactos que sobre el particular hubieran establecido. En nuestro caso, consta acreditado que las partes habían pactado que la aceptación por la prestamista demandante de un convenio en el concurso del deudor principal, con quitas y esperas, no impediría la plena subsistencia de los derechos de este acreedor frente a los fiadores no concursados. Dicho de otro modo, los efectos del convenio sobre el afianzamiento prestado por el demandado se regían por lo que habían pactado en la póliza que recoge el afianzamiento, que expresamente preveía que el contenido del convenio no afectaría a los derechos del acreedor frente al fiador. (STS de 29 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 29 de marzo de 2016 se declaró el concurso de acreedores voluntario de las entidades Quintero Terrasa, S. L. y Quintero Buildings, S. L. Unos años antes, el 30 de junio de 2009,

Caixabank había concedido a Quintero Terrasa, S. L. un préstamo mercantil por 60.000 euros, con la fianza solidaria del administrador de la prestataria. La última cuota de devolución del préstamo data del 1 de abril de 2016. El 1 de marzo de 2017, el banco comunicó a la prestataria el vencimiento de la póliza y su liquidación en fecha 28 de febrero de 2017. El saldo deudor a fecha 3 de marzo de 2017 era de 26.341,38 euros. El 1 de septiembre de 2017, el juzgado de lo mercantil que conoce del concurso de acreedores aprobó un convenio de acreedores.

Con anterioridad, el 16 de mayo de 2017, Caixabank interpuso una demanda de juicio ordinario en la que, además de que se declarara el vencimiento anticipado de la póliza de préstamo de 30 de junio de 2009, solicitaba condena del fiador al pago del saldo deudor al tiempo de interponerse la demanda, así como a los intereses moratorios desde la interpelación judicial, al tipo pactado. Después de la contestación a la demanda, en la que el fiador se opuso a la reclamación, cuando se celebró la audiencia previa se puso en conocimiento del juzgado que el 1 de septiembre de 2017 se había aprobado un convenio en el concurso de acreedores. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda porque Caixabank no había acreditado que no hubiera aceptado el convenio aprobado, y la carga de la prueba le incumbía a ella.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caixabank. La Audiencia desestima el recurso, pues el hecho de haber votado a favor del convenio o en contra de este debía ser probado por el actor.

Frente a la sentencia de apelación, Caixabank ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal, lo que hace innecesario el análisis del recurso casación. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**31. Retroactividad impropia de la retribución de los administradores concursales.**—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, no ha quedado derogada la limitación temporal, de doce meses, del derecho de los administradores concursales a cobrar la retribución durante el periodo de liquidación, respecto de los concursos de acreedores en los que la fase de liquidación se abrió con anterioridad a la entrada en vigor de la DT 3.<sup>a</sup> de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. (**STS de 28 de septiembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el concurso de acreedores de González Peraleda, S. A., se abrió la fase de liquidación mediante Auto de 3 de septiembre de 2014. El plan de liquidación fue aprobado el 13 de enero de 2015. La fase de liquidación permanecía abierta cuando se presentó la demanda de incidente concursal, el 29 de noviembre de 2017, y por Auto de 7 de mayo de 2015, se abrió la fase de liquidación.

La Tesorería General de la Seguridad Social presentó una demanda de incidente concursal. En ella, pedía que fuera declarado que la

administración concursal no tenía derecho a percibir retribución alguna, a partir de la entrada en vigor de la DT 3.<sup>a</sup> de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, por el transcurso de doce meses desde la apertura de la liquidación, solicitando la devolución de las cantidades percibidas.

El Juzgado de lo Mercantil competente desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial competente desestimó el recurso de apelación al entender que no cabía una aplicación retroactiva de una norma no favorable o restrictiva de derechos.

NOTA.—Respecto del ámbito temporal de aplicación de la DT 3.<sup>a</sup> de la Ley 25/2015, el Tribunal Supremo considera que se trata de un supuesto de retroactividad impropia, en atención a los siguientes argumentos.

En primer lugar, a la relación jurídica consiguiente al nombramiento de un administrador concursal, cuyo régimen legal y reglamentario, al tiempo de abrirse el concurso de acreedores, no establecía limitación temporal al cobro de honorarios durante la fase de liquidación, se le aplica la limitación temporal de cobro que establece dicha disposición.

En segundo lugar, no es una auténtica aplicación retroactiva porque no afecta a derechos adquiridos, sino a una expectativa de cobro de unas retribuciones como administrador concursal, que en fase de liquidación se devenga mes a mes y, lógicamente, mientras dure la liquidación. El derecho a la retribución se va adquiriendo conforme se va cumpliendo cada mes en el ejercicio de la función. Por tanto, hubiera habido retroactividad propia si se hubiera aplicado la limitación al periodo anterior a la entrada en vigor del referido precepto.

En tercer lugar, la retroactividad impropia de esta disposición está justificada por la propia ratio del precepto: evitar la prolongación de los concursos en fase de liquidación más allá de los doce meses, y tratar de que esta prolongación no genere más costes para la masa. (C. A. C.)

## DERECHO PROCESAL

**32. Laudo arbitral. Efectos de cosa juzgada negativa.**—Por varias razones, el laudo arbitral que impone a una sociedad una obligación pecuniaria no tiene efecto de cosa juzgada negativa en el litigio en que se decide si una sociedad resultante de una escisión parcial de la sociedad condenada en el laudo responde solidariamente de esa obligación. La primera, porque la sociedad hoy demandada no fue parte en aquel proceso arbitral, por lo que no se cumple el requisito de identidad subjetiva exigido por el artículo 222.3 LEC. La segunda, porque tampoco la pretensión ejercitada coincide en uno y en otro litigio: en aquel, el fundamento de la acción era la existencia de cierto acuerdo entre las partes al que se pretendía dar cumplimiento; en este, la existencia de una escisión parcial, posterior al nacimiento de la obligación declarada en el laudo arbitral, de la que nacería una responsabilidad solidaria para la demandada respecto de una de las sociedades que resultó condenada

en el laudo arbitral. Por tanto, falta el requisito de identidad de objeto que exige el artículo 222.1 LEC.

**Trascendencia del proceso concursal respecto del obligado solidario con el concursado.**—El hecho de que la sociedad a la que el laudo condenaba al cumplimiento de determinada obligación pecuniaria haya sido posteriormente declarada en concurso no impide que el acreedor de la concursada entable una acción contra la sociedad resultante de la escisión parcial de la concursada para exigirle la responsabilidad solidaria. La eficacia del convenio concursal respecto de los obligados solidariamente con el concursado se regula en el artículo 135 LC. Conforme al apartado primero de este precepto, los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por este en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado (y frente a sus fiadores o avalistas), quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. Conforme al apartado segundo, la responsabilidad de los obligados solidarios (y de los fiadores o avalistas del concursado) frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por los convenios que sobre el particular hubieran establecido y, a falta de estos pactos, por las normas aplicables a la obligación que hubieran contraído. Por tanto, la existencia de un convenio no impide que el acreedor se dirija contra el obligado solidariamente con el deudor, sin perjuicio de que cuando se haya aprobado un convenio concursal, habrá que tomar en consideración cuál ha sido el voto del acreedor y, caso de que haya sido favorable a la aprobación del convenio, tomar en consideración qué prevén los pactos celebrados entre el acreedor y el obligado solidario y, a falta de estos, qué prevén las normas aplicables a la obligación que hubiere contraído. En el presente caso, no se ha alegado que en el concurso del deudor se aprobara un convenio con el voto favorable del demandante. Es más, de la propia documentación aportada por la demandada resulta que en dicho concurso no se alcanzó un convenio y se abrió la fase de liquidación. Por tanto, el concurso del deudor no supone impedimento alguno respecto de la acción ejercitada por el demandante. (STS de 20 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a Horizonte Corporativo, S. L. (en lo sucesivo, Horizonte) a pagar al demandante Mauricio 1.200.000 euros que este le reclamó como sociedad beneficiaria de la escisión de Inversora de Laredo y Santander, S. L. (en lo sucesivo, Inlasa), a la que, según entendió el juzgado, un laudo arbitral condenaba al pago de 1.200.000 euros al demandante con base en un acuerdo marco suscrito entre las partes en 2007. La Audiencia Provincial, ante la que apeló Horizonte, revocó dicha sentencia y absolvió a Horizonte porque estimó que el efecto de cosa juzgada del laudo arbitral suponía que «los efectos del laudo deben conseguirse a través de su ejecución ante el órgano que corresponda» y, en segundo lugar, porque estando la sociedad escindida, Inlasa, declarada en concurso «los acreedores quedan sometidos al principio *par conditio creditorum*, que impide que cada uno de ellos pueda reclamar a su antojo el crédito que se le haya reconocido provisionalmente en el concurso [...]».

El demandante ha interpuesto contra esa sentencia un recurso extraordinario por infracción procesal. El Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal. (J. M.<sup>a</sup> M. F.)

## **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](mailto: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 correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía 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», *Anuario de Derecho Civil*, 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 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 lo referente a las abreviaturas de las revistas más habituales deben citarse de la siguiente forma:

AC	<i>Actualidad Civil</i>
ADCon	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
AFDUAM	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM</i>
AAMN	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
CCJ	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
InDret	<a href="http://www.indret.com">www.indret.com</a>
PDD	<i>Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros</i>
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RDA	<i>Revista Aranzadi de Derecho Ambiental</i>
RDBB	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDNT	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías</i>
RdPat	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
RDC	<i>Revista de Derecho Civil</i>
RDCP	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
RDCD	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RDS	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
RDU	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
REDE	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RJC	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RJNot	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
RJUAM	<i>Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid</i>



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](mailto: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.